

TRABAJO FIN DE MÁSTER

LAS TENTATIVAS DE EXPANSIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS HERRAMIENTAS QUE POSIBILITAN SU EXCEPCIÓN. ANÁLISIS CRÍTICO

*THE EXPANSION ATTEMPTS OF THE CONVENTIONALITY CONTROL
AND THE TOOLS THAT ENABLE THEIR EXCEPTION. CRITICAL
ANALYSIS*

Autor: *Ivan Cláudio Marx*

Tutora: *Dra. Florabel Quispe Remón*

**XIV Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos
(Universidad de Alcalá)**

Julio 2018

Agradecimientos:

A mis padres, Amélia y Hermeto, por el apoyo, desde aquí y del más allá.

A Sandra Huang, por la ayuda con el idioma.

Para Letícia, pura inspiración. Gracias por la espera.

TRABAJO FIN DE MÁSTER

LAS TENTATIVAS DE EXPANSIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS HERRAMIENTAS QUE POSIBILITAN SU EXCEPCIÓN. ANÁLISIS CRÍTICO

Autor: Ivan Cláudio Marx

Tutora: Dra. Florabel Quispe Remón

**XIV Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos
(Universidad de Alcalá)**

Julio 2018

RESUMEN: En el presente trabajo, se hace un análisis crítico del estado actual del control de convencionalidad y de su tentativa de expansión con relación a las normas de control, al polo activo de su ejercicio concentrado y, principalmente, al alcance del control, por medio de la cosa interpretada. Así, son analizadas herramientas que posibilitan excepcionar la aplicación del control de convencionalidad, especialmente tomando como base los conflictos en su aplicación en el ámbito interno de Argentina y Brasil.

PALABRAS CLAVE: control de convencionalidad, cosa interpretada, cosa juzgada internacional, margen de apreciación nacional, *distinguishing*, *overruling*.

ABSTRACT: *In the present work, a critical analysis is made of the current state of the conventionality control and its attempt of expansion in relation to the control norms, the active pole of its concentrated exercise and, mainly, within the scope of the control, by means of the res interpretata. Thus, they are analyzed tools that allow to exception the application of the conventionality control, especially taking as base the conflicts in its application in the internal area of Argentina and Brazil.*

KEY WORDS: *conventionality control, res interpretata, international res judicata, margin of appreciation, distinguishing, overruling.*

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH – Convención Americana sobre Derechos Humanos

CCC – Corte Constitucional de Colombia

CEDH – Convenio Europeo de Derechos Humanos

DUDH – Declaración Universal de Derechos Humanos

CICGyLH – Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

CIDFP – Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CDF – Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

CPI – Corte Penal Internacional

CORTE IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CSJN – Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

CVDT – Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

ETPI – Estatuto del Tribunal Penal Internacional

LOPJ - Ley Orgánica del Poder Judicial de España

MPF – Ministério Público Federal

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PIDCP – Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

PSOL - Partido Socialismo e Liberdade

2ª CCR - Segunda Câmara de Coordenação e Revisão

SCS – Corte Suprema de Chile

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça (Brasil)

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY – Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TS - Tribunal Supremo de España

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	07
II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	08
1. Origen y evolución del concepto	08
A. Con relación a las normas de control	11
B. Con relación al polo activo de su ejercicio concentrado	13
a) Fallos de la Corte IDH en casos contenciosos	13
b) Opiniones consultivas de la Corte IDH	14
c) Sobre la vinculatoriedad de las recomendaciones de la CIDH	15
C. Con relación al polo activo de su ejercicio difuso	16
a) Control difuso por el poder legislativo	17
b) Control difuso por el poder ejecutivo	20
D. Con relación a la dimensión del control. Controles exclutorio y constructivo	21
E. Con relación al alcance del control	23
a) Cosa juzgada internacional	23
b) Cosa interpretada	24
2. Implementación de la sentencia internacional frente a la cosa juzgada en el ámbito interno	29
3. Interpretación evolutiva y técnica de consenso	32
III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS EXCEPCIONES. CASOS PRÁCTICOS DE ARGENTINA Y BRASIL	35
1. Margen de apreciación nacional	35
2. Técnicas de <i>distinguishing</i> y <i>overruling</i>	41
3. El control de convencionalidad en Argentina	44
A. Margen de apreciación nacional y <i>distinguishing</i> en Argentina	55
4. El control de convencionalidad en Brasil	57
A. Margen de apreciación nacional y <i>distinguishing</i> en Brasil	67
IV. CONCLUSIONES	71
V. BIBLIOGRAFÍA	77

I. INTRODUCCIÓN

La técnica del control de convencionalidad objetiva la protección de los derechos humanos por medio de una asunción, por parte de los organismos internos de los países integrantes del sistema interamericano, de las normas internacionales de protección a los derechos humanos y de los criterios interpretativos adoptados por la Corte IDH. Así, gradualmente se intenta alcanzar, con la ayuda de la aplicación interna, un parámetro de protección común interamericano accesible a todo ciudadano de los países que hacen parte del sistema.

En el presente trabajo, se hará un análisis crítico del estado actual del control de convencionalidad y de su tentativa de expansión con relación a las normas de control, al polo activo de su ejercicio concentrado y, principalmente, al alcance del control, por medio de la cosa interpretada. Por tanto, serán analizadas herramientas que posibiliten excepcionar la aplicación del control de convencionalidad, especialmente tomando como base los conflictos en su aplicación en el ámbito interno de Argentina y Brasil.

La elección de ambos países objetivó posibilitar un abordaje práctico del estudio. Por un lado Argentina es uno de los países donde el control de convencionalidad ha recibido mejor acogida, pese a que ha sufrido tanto avances como retrocesos. Por otro lado, Brasil es uno de los países con menor acogida del concepto. De esa manera, el análisis conjunto del control de convencionalidad en ambos países tiene el propósito de abarcar, de la manera más amplia posible, los logros y las dificultades de la implementación del control de convencionalidad en el plan interno de los países integrantes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por tanto, en el capítulo I se analiza el origen y la evolución del concepto del control de convencionalidad, con relación a las normas de control, al polo activo de su ejercicio concentrado – fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH y recomendaciones de la CIDH - y difuso – poderes judicial, legislativo y ejecutivo -, a la dimensión del control – exclutorio y constructivo – y al alcance del control – cosa juzgada internacional y cosa interpretada. También son analizados los mecanismos de implementación de la sentencia internacional frente a la cosa juzgada en el ámbito interno. Finalmente, se observan las posibles implicaciones de la interpretación evolutiva y de la técnica de consenso en la aplicación del control de convencionalidad.

En el capítulo II se analizan herramientas que posibilitan excepcionar la aplicación del control de convencionalidad. De esa manera, se estudia el ámbito de

actuación del margen de apreciación nacional y de la técnica del *distinguishing*, como manera de excepcionar el control de convencionalidad por la vía difusa. Al mismo tiempo, es presentada la técnica del *overruling* como un mecanismo propio del tribunal internacional para adaptar sus decisiones frente a un eventual desgaste en su congruencia. A partir de esas bases conceptuales, se hace el análisis práctico por medio de la observación de la aplicación del margen de apreciación nacional y de la técnica del *distinguishing* en Argentina y Brasil.

El método utilizado es el deductivo, utilizando premisas generales hasta llegar a la conclusión. El levantamiento bibliográfico pasa tanto por la consulta a libros y demás formas de difusión de la doctrina, cuanto por el análisis de la jurisprudencia relevante sobre el tema, sea de las Cortes internacionales – especialmente Corte IDH y TEDH – sea de las Cortes internas – especialmente de Argentina y de Brasil.

Además, durante toda la exposición son ponderados también los precedentes del TEDH. De esa manera, se espera que el resultado del análisis crítico del control de convencionalidad adoptado por la Corte IDH sea útil no solamente a los operadores del derecho de los países participantes de la Convención Americana de Derechos Humanos – caso de Argentina y Brasil -, como también a los integrantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos – caso de España.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Origen y evolución del concepto

Pese a no utilizar la expresión ‘control de convencionalidad’, la Corte IDH desde siempre ha controlado, de manera concentrada, la convencionalidad de normas infraconstitucionales¹ e incluso constitucionales².

Mientras tanto, la novedad del concepto se refiere a su ejercicio de manera

¹En el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (CORTE IDH, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n.º 35.1997), la Corte IDH declaró que ‘el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma’. Así se declaraba por primera vez la responsabilidad internacional de un Estado por la creación de norma inconvencional. Referido párrafo del artículo 114 del Código Penal fue incluido por la Ley n.º 4 de 9 de septiembre de 1992, posterior a la vigencia de la CADH para Ecuador (28 de diciembre de 1977).

²CORTE IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º. 73. En ese caso, la sentencia referida ordenó a Chile la modificación del art. 19, núm 12, inciso final de la Constitución Nacional, en razón de violar la libertad de expresión e información sin censura previa prevista en el artículo 13 de la CADH.

difusa³. En lo que respeta al concepto de control de convencionalidad, la Corte IDH comenzó a exigírselo también a los jueces y, posteriormente, a las demás autoridades nacionales. De esa manera, los jueces nacionales se convirtieron en jueces interamericanos⁴.

Según Sagües⁵, la doctrina del control de convencionalidad importa 'uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área'. Con respecto a dicha doctrina, el derecho local (incluso constitucional) contrario a la CADH y a la interpretación que de ella hace la Corte IDH debe ser inaplicable.

El control es consecuencia de la interpretación de la Corte IDH sobre el contenido del artículo 1.1 de la CADH, que trata sobre los deberes de respetar y garantizar los derechos de la referida convención, y de su artículo 2, que prevé el deber de adoptar las medidas internas necesarias para hacer efectivas las obligaciones convencionales (principio del efecto útil). Su fundamento también se encuentra en los artículos 26, primera frase del 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶, por su carácter tanto convencional como consuetudinario.

La nomenclatura fue utilizada por primera vez por el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*⁷ y *Tibi Vs. Ecuador*⁸.

Su adopción expresa por la Corte IDH ocurrió por primera vez en el párrafo 124 de la sentencia de la Corte IDH en el caso “*Almonacid Arellano Vs. Chile*”⁹, siendo

3 Acá, resulta importante, conforme alerta BETANCOURTH (BETANCOURTH, Danilo Rojas, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, p. 124, nota de rodapé 18), diferenciar el control de convencionalidad de la mera aplicación de la Convención. De hecho, no se puede confundir el control de convencionalidad, por medio del cual se analiza la compatibilidad de una norma interna con el *corpus juris* de derechos humanos, con la aplicación de la CADH y de otras normas internacionales, donde se hace solamente su uso argumentativo.

4 Conforme Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado como juez *ad hoc* en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (CORTE IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N.º 220, párrafo 24).

5 SAGÜÉS, Néstor P., “Dificultades operativas del 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano”, en *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010, p. 1.

6 Conforme ya refería en 1994 la Corte IDH, por medio de su Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 14.

7 CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N.º 101.

8 CORTE IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C N.º 114.

9 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo,

luego repetido en los casos *La cantuta Vs. Perú*¹⁰, consid. 173 y *Boyce y otros Vs. Barbados*¹¹, consid. 78.

En el caso '*Trabajadores cesados del congreso Vs. Perú*'¹², la Corte impone un avance al hablar ya de la necesidad de un control de oficio¹³ y no más de una mera 'especie de control', la cual debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En lo que se refiere a los órganos responsables por el control, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*¹⁴, la Corte IDH esclarece su extensión a todos los órganos estatales, incluso los jueces.

Esa extensión resulta ampliada nuevamente en el caso *Gelmán*¹⁵, donde se incumbe el referido control a 'cualquier autoridad pública¹⁶ y no solo del poder judicial'.

Un nuevo avance tiene lugar en la sentencia de supervisión de cumplimiento en el caso *Gelmán Vs. Uruguay* en 2013¹⁷.

De acuerdo con la Corte IDH, párrafo 69 del caso *Gelmán* (supervisión de cumplimiento), el control de convencionalidad tiene que verificarse 'tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos'. Además, 'todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las

Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 42.

124. [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

10 CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, N° 162.

11 CORTE IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, N° 169.

12 CORTE IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del congreso Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. párrafo 128, Serie C, n° 158.

13 Precedente ratificado en el caso "Raxcacó Reyes Vs. Guatemala", (CORTE IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 9 de mayo de 2008, párr. 63), así como en "Comunidad Indígena Xákmok Kásex Vs. Paraguay" (CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásex Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, n° 214, párr. 311).

14 Opus cit., párrafo 225.

15 CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C n° 221, párrafo 239.

16 Esa extensión a cualquier autoridad pública necesita, según entendemos, mayores aclaraciones por parte de la Corte.

17 CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Para efectos de ese trabajo, lo denominaremos *Gelmán* (supervisión de cumplimiento).

instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles’¹⁸.

Como se observa, el concepto de control de convencionalidad ha evolucionado¹⁹, siendo necesario resaltar su ampliación en 5 aspectos: A - con relación a las normas de control (tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación); B - con relación al polo activo de su ejercicio concentrado (Corte IDH y CIDH); C - con relación al polo activo de su ejercicio difuso (jueces, legisladores y autoridades administrativas); D - con relación a la dimensión del control (excluyente y constructiva); y E – con relación al alcance del control (cosa juzgada internacional y cosa interpretada).

A. Con relación a las normas de control.

Además de la CADH, otros tratados estipulan la competencia de la Corte IDH para interpretar y aplicar los derechos en ellos establecidos. Así se pueden citar el artículo 19.6 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), el artículo XIII de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y el artículo 8, último párrafo de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

En lo que se refiere a la amplitud de las ‘normas controlantes’, la Corte IDH comprende que el control de convencionalidad puede ejercerse con relación a todos los

18El criterio fue repetido en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname* (CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de enero de 2014, Serie C, N.º 276, párrafo 124), al referir que ‘la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles’. En ese fallo, destaque para los párrafos 127-134 del voto concurrente del juez Eduardo MacGregor, a respecto de la necesidad del reconocimiento, en el ejercicio del control de convencionalidad, de que el derecho a la garantía de los derechos prevista en el artículo 25 de la CADH permite una ampliación de la protección interna a las personas al constituir un ‘elemento integrador de los derechos fundamentales nacionales y convencionales’ (párrafo 133).

19Para COLOMBO (COLOMBO, Ignacio. *Control de Convencionalidad e interpretación constitucional*. Un replanteo necesario. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170508_02.pdf, acceso en 18 de enero de 2018), la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH se fue ampliando en cuatro aspectos: 1 – en cuanto al objeto decidido, de manera que actualmente todo tema es pasible del control de convencionalidad; 2 – en cuanto al derecho aplicable, que pasó a englobar, además de la CADH, también todo el resto del cuerpo normativo interamericano, ampliados incluso pelos pronunciamientos que van dictando los organismos internacionales que los interpretan; 3 – en cuanto a los sujetos que deciden, pasando a incluir también órganos consultivos como la Comisión Interamericana; 4 – en cuanto a los sujetos obligados, incluyendo, además de las partes en la controversia decidida, también a los demás países del sistema, de manera genérica.

tratados objetos de su función consultiva²⁰ (la cual también sirve como parámetro del control, conforme ítem B.b, abajo).

En la Opinión Consultiva OC – 1/82, con respecto a la expresión ‘otros tratados’ previsto en el artículo 64 de la CADH, objeto de la función consultiva de la Corte IDH, concluyó que esa

puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

Esa ampliación sobre los demás tratados tiene mayor sentido en el principio de ‘valor persona’ previsto en los párrafos ‘b’ y ‘d’ del artículo 29 de la CADH²¹. De manera que el ‘bloque de convencionalidad²²’ está formado por todos los tratados sobre derechos humanos vigentes para un Estado.

Por otro lado, también la interpretación que la Corte IDH hace sobre esos tratados sería vinculante. Esa construcción, para Sagüés (2009, p. 763), “importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado”. Aunque para el autor eso sea legítimo ya que ha sido realizado por la Corte IDH como intérprete definitiva de la CADH, cabe preguntarse hasta qué punto la ‘compétence de la compétence’ (Kompetenz-Kompetenz) legitima el intérprete a la creación de normas.

Una buena crítica a esa ampliación de las normas de control encontramos en MALARINO²³ en el sentido de que, no poseyendo una disposición como la del artículo

20Las opiniones consultivas pueden ser solicitadas por cualquier miembro de la OEA, aún que no hayan ratificado la CADH.

21Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

[...]

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

22Conforme lo denomina Mac Gregor (“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Alejandro Saiz Arnaz y Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa, México, Porrúa-UNAM, 2012, ps. 109).

23MALARINO, Ezequiel, “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en K. Ambos, E.

38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁴, la Corte IDH no estaría facultada a decidir con base en todo el derecho internacional convencional o consuetudinario. Siendo así, en casos donde resultara lesionado en derecho internacional pero no el interamericano, la Corte IDH no debería actuar, de modo que el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado cabría al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o a la Corte Internacional de Justicia.

B. Con relación al polo activo de su ejercicio concentrado.

Conforme a lo ya esclarecido, la Corte IDH realiza, desde siempre, el control concentrado de convencionalidad con relación a la CADH y demás tratados de derechos humanos.

Entretanto, lo que importa acá es esclarecer si lo hace solamente cuando falla en casos contenciosos o incluso cuando actúa de manera consultiva. Asimismo, hay que esclarecer si la CIDH también ejerce control de convencionalidad.

a) Fallos de la Corte IDH en casos contenciosos.

Con respecto al tema, no hay mucho que discutir, considerando que incumbe a la Corte IDH, en los casos concretos, interpretar el derecho y determinar si hubo o no violación a los derechos protegidos por las normas internacionales de derechos humanos.

Su carácter vinculante se deriva del artículo 68 de la CADH que refiere que ‘Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes’, bien como del art. 59 de la Corte Internacional de Justicia, clara al decir que ‘La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido’.

Malarin y G. Elsner (Eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, vol. II, p. 39-40, Montevideo.

24Art. 38.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

b) Opiniones consultivas de la Corte IDH.

La competencia consultiva de la Corte IDH acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos está prevista en el artículo 64 de la CADH²⁵. Acá la Corte ejerce una labor interpretativa, sin que exista un litigio a resolver o mismo ‘partes’ en el caso.

Conforme GOZAÍNI²⁶, con esta potestad conferida a la Corte IDH, ‘los Estados Partes no han hecho más que establecer una suerte de lectura privilegiada que impide obstruirla con interpretaciones locales’.

Y esta lectura privilegiada es válida para todos los Estados y no solamente al solicitante, pues, como bien refirió la Corte IDH²⁷, ‘es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento’.

Para SAGÜÉS²⁸, del párrafo 69 de la sentencia en el caso Gelmán (supervisión de cumplimiento) ya se podría asumir la condición de norma controlante de las opiniones consultivas para efectos del control de convencionalidad. Así, las opiniones consultivas estarían abarcadas por la expresión ‘lineamientos jurisprudenciales’ constante del fallo:

‘69. [...] al realizar control de convencionalidad, los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, deberán tener en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana’.

Con posteridad a Gelmán (supervisión de cumplimiento), en la Opinión

25 Artículo 64.

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

26 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en *El control de convencionalidad* / coordinado por Susana Albanese – 1ª ed. – Buenos Aires; Ediar 2008, p. 98.

27 CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de noviembre de 1997, ‘Informes de la Comisión Americana Sobre Derechos Humanos’ (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, núm. 15, párr. 26.

28 SAGÜÉS, Néstor P., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional* n.º 20, 2015, p. 278.

Consultiva OC-21/14²⁹, la Corte IDH expresamente estableció la ampliación del control de convencionalidad a las opiniones consultivas, al referir que:

‘estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’.

Finalmente, en la OC-22/16³⁰, la Corte reforzó el argumento, al referir que ‘las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo’.

Ese es también el entendimiento de COLANTUONO³¹ (2013, p. 5), al referir que

si la vía de interpretar los alcances de los tratados son las opiniones consultivas, y estas son solamente solicitadas por los Estados miembros, parece razonable entender que estas integran el contenido del control de convencionalidad que deberán ejercer los jueces independientemente de quién ha solicitado la consulta.

c) Sobre la vinculatoriedad de las recomendaciones de la CIDH.

Inicialmente, la Corte IDH, basada en el sentido corriente del término ‘recomendación’ y de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados - CVDT, entendía que las recomendaciones de la CIDH (arts. 50 y 51 de la Convención) no contaban con obligatoriedad para los Estados³².

Posteriormente, en el caso *Loyaza Tamayo Vs. Perú* (opus cit. considerandos 78 a 82). basada en el principio de buena fe previsto en el mismo art. 31.1 de la referida

29 CORTE IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21, párr. 31.

30 CORTE IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22, párr. 26.

31 COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, en *Publicado RAP, El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*; 2013. Disponible en http://gutierrezcolantuono.com.ar/downloads/Publicaciones/El%20valor%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20Corte_2013.pdf, acceso en 24 de enero de 2018, p. 5. Para SAGÜÉS (“Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana ...”, p. 281), se encontrando el fundamento del control de convencionalidad en el argumento de autoridad de la Corte IDH, como intérprete final y supremo de la CADH, no importa tanto el medio por el cual se hizo la interpretación (si por la vía contenciosa o consultiva) sino el producto de la interpretación.

32 CORTE IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, N° 22, párr. 67 y CORTE IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, N° 30, párr. 93.

Convención de Viena y en el art. 33 de la CADH que atribuye competencia a la CIDH en conjunto con la Corte IDH “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, la Corte IDH ha referido que, al ratificar la CADH, los Estados se han comprometido a atender a las recomendaciones de la CIDH.

En el ámbito interno, en el ejercicio del control de convencionalidad difuso en Argentina, la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN) determinó, en el caso Carranza Latrubesse³³, la obligatoriedad de los informes del artículo 51 de la Comisión Interamericana.

Con respecto a la posición de la CSJN, aunque incluso las recomendaciones de la Comisión Americana serían vinculantes, cabe referir la crítica de COLOMBO (opus cit., p. 8). Según el referido autor, esa posición:

incrementa la tensión democrática, puesto que en principio los estados firmantes de la Convención Interamericana se obligaron a cumplir de manera vinculante aquellos fallos de la Corte Interamericana en donde son parte (competencia contenciosa); no así, en un repaso in crescendo, los pronunciamientos efectuados en casos en donde no son partes ni, menos aún, en aquellos supuestos de recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana.

C. Con relación al polo activo de su ejercicio difuso.

De acuerdo con la Corte IDH en el caso Gelmán (supervisión de cumplimiento, párrafo 69), el control debe ser ejercido internamente por ‘todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles’³⁴.

De esa manera, más allá del análisis sobre el papel del poder judicial³⁵, hay

33 CSJN, “*Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut*” y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV”, sentencia del 6 de agosto de 2013. Considerando 3. “si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”

34 Esa obligación, para SAGÜÉS (SAGÜÉS, Néstor P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 141-150), abarcaría también los particulares generadores de normas, como los empresarios y trabajadores que establecen convenios colectivos de trabajo.

35 Cuyos ejemplos son múltiples. Especialmente a respecto de la declaración de inconstitucionalidad de leyes de amnistía por inconvencionalidad (entre otros motivos), pueden ser citadas la sentencia No. 365 de 19 de octubre de 2009 dictada en la causa Nibia Sabalsagaray Curutchet por la Suprema Corte de Justicia uruguaya, el fallo Simón por la SCJN argentina en 2005 (CSJN, “*Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*”, S. 1767 XXXVIII, sentencia de 14 de junio de 2005) y el caso ‘Molco’ de la Corte Suprema de Chile (S.C.S., 13.12.2006, Rol n. 559-04 (homicidios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres).

que analizar su ejercicio en los demás poderes de los órganos estatales.

a) Control difuso por el poder legislativo.

De acuerdo con el ya referido párrafo 69 de Gelmán (supervisión de cumplimiento), el control de convencionalidad tiene que verificarse también en la emisión de las normas. Eso puede ocurrir tanto de manera preventiva cuanto represiva.

Con respecto al aspecto preventivo, se pueden encontrar en latinoamérica algunos precedentes interesantes, donde el legislativo, al crear una ley, hace referencia directa a las interpretaciones dadas a la CADH por la CIDH y la Corte IDH.

En Uruguay³⁶, el artículo 2 de la Ley de Medios de Comunicación Audiovisual 19.307 de diciembre de 2014 refiere como principios rectores para la interpretación y aplicación de la referida ley un control de convencionalidad basado tanto en las normas internacionales de derechos humanos (DUDH, CADH y PIDCP) como en la interpretación que ellas reciben de la CIDH y de la Corte IDH.

En Argentina, la Ley 26854, de 2013, relativa al ejercicio de medidas cautelares contra el Estado, utiliza el término ‘vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos’. Como observa SAGÜÉS³⁷, el concepto de ‘vida digna’ – que fue acuñado por la Corte IDH por medio de la aglutinación de los derechos a la vida y a la dignidad, ambos previstos en la CADH – es aludido por la ley argentina varias veces ‘como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional’³⁸.

También sobre el control legislativo represivo se pueden encontrar precedentes

36Artículo 2º.(Interpretación de la ley).- Constituyen principios rectores para la interpretación y aplicación de la presente ley las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la Constitución de la República, en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional.

37 SAGÜÉS, Nestor P., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014, pp. 5, 11 y 12.

38ARTICULO 2º — Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente.

[...]

2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El art. 2º, inciso 2 vuelve a ser referido en los art. 4º, inciso 2; art. 5º, segundo párrafo, art. 10º, inciso 2 y art. 13, inciso 3, párrafo segundo.

interesantes en Argentina y Uruguay.

En Argentina, la Ley 25.779 de 2003³⁹ declaró la nulidad de las leyes de ‘Punto Final’ (Ley 23.492 del 24-12-1986) y de ‘Obediencia Debida’ (Ley 23.521 del 08-06-1987)⁴⁰. La primera ha restringido nuevas reclamaciones, respecto a crímenes cometidos durante la dictadura, a un período de sesenta días⁴¹. La segunda, funcionó como amnistía a los militares de posición intermediaria que hubieran obrado en virtud de obediencia debida⁴².

Esa posibilidad de invalidación de las leyes de amnistía por una nueva ley (Poder Legislativo) fue cuestionada, ya que tal cuestión legal solamente le cabría hacer al Poder Judicial, al colocar en confrontación la nueva ley con el sistema constitucional vigente⁴³.

Tal debate fue solucionado por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el Fallo Simón⁴⁴, al afirmar la validez de la ley 25.779/2003, que declara insanablemente nulas las leyes 23.492/86 ('Ley de Punto Final') y 23.521/87 ('Ley de Obediencia Debida'). El argumento sostenido por la Corte (considerandos 32 y 34), fue que “en una perspectiva estrictamente formalista” tal ley pudiera ser considerada inconstitucional, por violar las funciones del Poder Judicial. Pero, en dicho caso la ley funcionó como una declaración del Congreso sobre su posición respecto del asunto, sin retirar a los jueces la decisión final sobre el tema. Y, en el caso, la Corte también entendía que las leyes de olvido no resultaban válidas.

En otras palabras, el ejercicio del control de constitucionalidad⁴⁵ represivo por parte del legislativo solamente fue aceptado por ser concordante con el entendimiento del poder judicial.

39Sancionada el 21 de agosto de 2003 y promulgada el 2 de septiembre de 2003.

40Cabe aún referir que esas leyes ya habían sido derogadas (sin retroactividad) por medio de la Ley 24.952 de 1998 (sancionada el 25 de marzo de 1998 y promulgada de hecho el 15 de abril del mismo año).

41El art. 1º de la ley establece la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la Ley 23.049, siempre que: no estuviere prófuga; no estuviere declarada en rebeldía; no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la referida ley.

42El artículo 2º de la norma citada estableció excepciones a la misma, con referencia a los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles.

43Por el sistema constitucional puede leerse en el caso un sistema constitucional convencionalizado, considerando el rango constitucional recibido por varios tratados internacionales de derechos humanos en Argentina conforme el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (por medio de la reforma de 1994).

44 CSJN, “*Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*”, S. 1767 XXXVIII, sentencia de 14 de junio de 2005.

45Y también de convencionalidad, aún que no sea referido en el caso.

En Uruguay, el 27 de octubre de 2011 fue promulgada la Ley 18.831⁴⁶ titulada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”, con el objetivo de remover el obstáculo representado por la Ley 15.848 (Ley de Caducidad).

Entretanto, la Suprema Corte de Justicia uruguaya, por medio de la Sentencia Definitiva n.º 20/2013 de 22 de febrero de 2013 (Autos caratulados: “M.L., J.F.F., O. – Denuncia- Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la ley 18.831, IUE 2-109971/2011”), declaró la inconstitucionalidad⁴⁷ los artículos 2 y 3 de la referida Ley 18.831. En el mismo sentido la Sentencia Definitiva n.º 680/2017 de 25 de septiembre de 2017 (Autos caratulados “AA - Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad Ley n.º 18.831 y casación penal”, IUE: 395-141/2012).

En México⁴⁸, a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana⁴⁹ el 13 de junio de 2014 resultó limitada la jurisdicción militar por medio de la modificación del artículo 57 del Código de Justicia Militar, de acuerdo al “Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código de Justicia Militar, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados”. Así, los crímenes juzgados por la jurisdicción militar pasaron a ser:

46Artículo 1º.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N.º 15.848, de 22 de diciembre de 1986.

Artículo 2º.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

47 Con efectos solamente para el caso concreto, como es característico del sistema uruguayo.

48 A respecto véase MORALES ANTONIAZZI, Mariela y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina. En *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, organizadores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio, pp. 591-635. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/26.pdf>, acceso en 11 de mayo de 2018.

49 En el caso Radilla Pacheco Vs. México la Corte afirmó que:

272. [...]‘reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar’. CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...]. Código de Justicia Militar del 13 de junio de 2014, artículo 57, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_130614.pdf, acceso en 29 de mayo de 2018.

Entretanto, considerando que el artículo 57 del Código de Justicia Militar reformado aún autorizaba la intervención del fuero militar en crímenes donde autor y víctima sean militares, la Corte IDH⁵⁰ ha considerado que el Estado mexicano ha dado cumplimiento meramente parcial al control de convencionalidad.

b) Control difuso por el poder ejecutivo.

De acuerdo a los diferentes sistemas jurídicos internos, el ejecutivo puede tener menor o mayor poder en determinar normas con fuerza legal o en la participación del proceso de elaboración de las leyes. Respetadas esas eventuales limitaciones locales, el control difuso también puede ocurrir tanto de manera preventiva como represiva.

De manera preventiva, siempre que el ejecutivo participe en el proceso legislativo – como cuando se le exige la sanción de los proyectos de leyes – debe observar la adecuación de las normas a la normativa convencional aplicable al país. Así, siempre y cuando el proyecto de ley resulte inconvencional, el ejecutivo tiene la obligación de no sancionarlo.

Así también ocurre cuando le incumbe determinar normas de variadas especies (decretos leyes, reglamentarios, autónomos, etc) y especialmente aquellas con fuerza de ley⁵¹. En ese caso es responsabilidad del ejecutivo no editar normas inconvencionales.

En relación al control represivo, según SAGÜÉS⁵², ese solamente existe para el ejecutivo cuando pueda, de acuerdo a las normas internas de su país, ejercer también un control represivo de constitucionalidad de las leyes.

En caso contrario, solamente le restaría encaminar el caso al órgano estatal con atribuciones para ejercerlo. Eso, entretanto, no impide el ejercicio de la interpretación constructiva, referida abajo (ítem 1.D.2).

50 CORTE IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del 17 de abril de 2015, considerando 22.

51 Sería el caso, en Brasil, de las ‘medidas provisórias’. La ‘medida provisória’ es un instrumento con fuerza de ley que el Presidente de la República puede adoptar en casos de relevancia y urgencia. Aunque produzca efectos inmediatos, depende de la aprobación del Congreso Nacional para ser transformada definitivamente en ley.

52 SAGÜÉS, Nestor P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad...” ob. cit., p. 147.

De cualquier manera, puede el ejecutivo realizar el control represivo sobre sus propias normativas.

En ese sentido⁵³ el Decreto 323/2011 del Poder Ejecutivo uruguayo que revocó

“por razones de legitimidad, los actos administrativos y Mensajes emanados del Poder Ejecutivo en aplicación del artículo 3º de la [Ley de Caducidad], que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1º de la referida ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal”.

En el caso, el ejecutivo no hizo un control represivo de una ley y si de sus propios actos pretéritos basados en la ley de amnistía uruguaya.

D. Con relación a la dimensión del control. Controles exclutorio y constructivo.

De acuerdo con Sagüés, en el ejercicio de control de convencionalidad, se puede ejercer un control exclutorio – con la inaplicación de la norma local inconveniente - o constructivo – con la aplicación del derecho local en conformidad o en consonancia con la norma internacional y su interpretación dada por la Corte IDH.

Con relación al control exclutorio, fue referido en el caso *Radilla Pacheco Vs. México* (opus cit., párr. 339), donde se dispuso que los jueces, al ejercer el control de convencionalidad, deben “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, *que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*” (resaltado nuestro)⁵⁴.

Con respecto a ese control, haría discusión sobre la amplitud de los sujetos habilitados a hacerlo, si solamente serían válidos los jueces con poder de realizar el control de constitucionalidad o no. Eso en razón de que la Corte IDH, al referir ese control represivo, esclarece que él debe practicarse según el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (conforme párrafo 193 del caso *Gelmán vs Uruguay*).

En ese sentido resulta esclarecedor la enseñanza de Eduardo Mac-Gregor⁵⁵, para

53En el caso, el ejercicio del control represivo de convencionalidad resultó claro, pues, conforme bien referido por la Corte IDH en el caso *Gelmán* (supervisión de cumplimiento, párrafo 43):

‘Al tomar esta decisión, el Consejo de Ministros presidido por el Presidente de la República tomó en cuenta, *inter alia*, que “el Estado uruguayo ha sido objeto de sentencia condenatoria por responsabilidad internacional a través de la sentencia de la Corte Interamericana [...] y por lo tanto está obligado a dar cumplimiento a lo que dicha sentencia prescribe”.

54Tal criterio fue repetido en el *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia* (CORTE IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1º de septiembre de 2010. Serie C, nº 217, párr. 202).

quien el grado del control de convencionalidad puede tener mayor o menor alcance, dependiendo si el sistema interno lo habilita o no a ejercer el control de constitucionalidad. Si lo puede hacer, estará también habilitado a ejercer el control de convencionalidad por medio de la inaplicación de normas internas incompatibles con la CADH, demás tratados internacionales de derechos humanos y sobre la interpretación que de esos hace la Corte IDH (el control exclutorio en las palabras de Sagües).

Eso ocurre porque los jueces deben realizar el control de convencionalidad de conformidad con ‘el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes’⁵⁶.

Mientras tanto, cuando no sea habilitado a ejercer el control de convencionalidad, el juez nacional sigue con la obligación de ejercer el papel de armonización entre las normas locales y las internacionales (o control constructivo como prefiere SAGÜES).

Siendo así, se pueden analizar los casos concretos.

En Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay⁵⁷, donde se adopta el control concentrado de constitucionalidad, hay un monopolio exclusivo de las Cortes Supremas para expulsar del ordenamiento jurídico una norma que resulta incompatible con la Constitución. De esa manera, ese monopolio se extiende al control exclutorio de convencionalidad.

El caso de Uruguay es todavía especial. A pesar de adoptar el régimen concentrado de control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia, la decisión de inconstitucionalidad solamente tiene efectos respecto del caso concreto, sin derogar la norma impugnada⁵⁸. Con eso, el control exclutorio de convencionalidad en Uruguay, además de solamente poder ser ejercido por la Corte Suprema, todavía tiene limitación al caso concreto.

Por ende, todavía resulta posible a los demás tribunales y jueces, por medio de la interpretación conforme, efectuar un control de convencionalidad constructivo, descartando las posibles interpretaciones de la norma interna que resultarían inconvenientes y haciendo prevalecer las que se adecuan a la CADH, a los demás

55En su voto razonado como juez *ad hoc* en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (opus cit., párrafos 34-37).

56 CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, opus cit., párrafo 225.

57El listado se encuentra en BETANCOURTH, Danilo Rojas, “Control de convencionalidad en Colombia...”, opus cit., p. 129.

58Constitución de la República Oriental del Uruguay. Artículo 259. El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado.

tratados de derechos humanos ratificados por el Estado y a la interpretación que de ellos hace la Corte IDH. En ese sentido, no se puede olvidar que el control exclutorio solo debe ocurrir cuando no resulte posible, por medio del control constructivo, lograr la aplicación de la norma conforme a parámetros convencionales⁵⁹.

En lo que se refiere al control constructivo, en el mismo caso *Radilla Pacheco Vs. México*, la Corte IDH destacó (párrafo 340) que ‘es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal’.

A partir de ese fallo, esclarece SAGÜÉS⁶⁰, la Corte IDH ha incorporado la dimensión constructiva al concepto, que con anterioridad era exclusiva a la dimensión represiva.

El control constructivo, diferente del exclutorio, puede ser ejercido por todos los jueces locales, e incluso por las demás autoridades públicas.

E. Con relación al alcance del control.

Analizados los autores del control de convencionalidad – especialmente el concentrado – resulta de mayor importancia determinar qué decisiones y con qué alcance resultan vinculantes para los Estados.

Así, surgen dudas tanto en el alcance de la cosa juzgada internacional (cual parte de la decisión y para cuales partes del proceso) como en la vinculatoriedad de la denominada ‘cosa interpretada’.

a) Cosa juzgada internacional.

Cuando un Estado es demandado en la Corte IDH, la sentencia condenatoria le alcanza de manera inmediata y directa en la calidad de cosa juzgada internacional. Esa cosa juzgada, en principio, se refiere a la parte dispositiva de la sentencia y con efectos para el Estado demandado.

Entretanto, la Corte IDH ha defendido una amplitud mayor de la cosa juzgada, tanto en su contenido como en lo que se refiere a sus destinatarios.

En lo que se refiere a su contenido, la Corte defendió en el caso *Gelmán*

⁵⁹Obviamente, sin olvidar el riesgo de que el uso desmesurado de la interpretación conforme lleve a los jueces a invadir la esfera normativa.

⁶⁰SAGÜÉS, Néstor P., “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada” ”, en von Bogdandy, Armin, Flavia Piovesan y Mariela Morales, *Estudios Avancados de Direitos Humanos*. (Rio de Janeiro, Ed. Elseiver – Campus Jurídico, 2013), p. 621.

(supervisión de cumplimiento) una cosa juzgada internacional ampliada incluso para la *ratio decidendi* del fallo. Asimismo, yendo más allá del dispositivo del fallo, el efecto vinculante de la cosa juzgada abarcaría también los fundamentos de lo decidido (su *ratio decidendi*).

Conforme el párrafo 102 de Gelmán (supervisión de cumplimiento):

“La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento”

Con relación a sus destinatarios, en el caso *Goiburú y otros contra Paraguay*⁶¹, la Corte defendió una cosa juzgada internacional ampliada incluso para países que no participaron del caso concreto. De hecho, en el punto 5 de la parte resolutive de ese caso, la Corte ordenó a todos los estados partes en la Convención juzgar en su territorio o extraditar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos allí constatadas.

En dicho caso, aunque solamente Paraguay fuera parte, la parte dispositiva del fallo determinó obligaciones a países no partes, en una clara extensión de la cosa juzgada internacional.

Como se observa, es una situación diferente de la cosa interpretada, abajo referida, donde se crea un precedente y no una determinación específica para un determinado país.

b) Cosa interpretada.

Otra situación ocurre cuando un Estado no ha sido parte del caso decidido por la Corte IDH. En ese caso el Estado sufre una vinculación solamente mediata o indirecta en lo que se refiere a lo decidido en el caso concreto. Acá surge la discusión sobre los efectos de la cosa interpretada, o sea, si hay o no un efecto vinculante del precedente.

El efecto de cosa interpretada para los demás Estados que no hacen parte del caso concreto fue esbozado por el TEDH por primera vez en 1979, en el caso *Marckx Vs. Bélgica*.

61CORTE IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, N° 153, punto 5 de la parte resolutive.

De acuerdo con QUERALT JIMÉNEZ⁶², el efecto de cosa interpretada europeo y el control de convencionalidad difuso adoptado por la Corte IDH son las dos caras de la misma moneda. No obstante, la autora resalta la diferencia de que el TEDH no defiende el carácter vinculante de ese efecto, a diferencia de la Corte IDH.

El más claro posicionamiento de la Corte IDH se encuentra en Gelmán (supervisión de cumplimiento):

67. [...] es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

Como explica el juez de la Corte IDH Eduardo Mac-gregor⁶³, hay una ‘eficacia directa’ de la norma interpretada en todos los Estados nacionales que han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH aunque no sean parte en el caso. Esa eficacia general con efectos de norma interpretada se daría en razón de que las interpretaciones dadas por la Corte adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional.

Esa dimensión objetiva de la norma interpretada, resultado de los efectos expansivos de la jurisprudencia convencional⁶⁴, sería la razón por la cual en el ar. 69 de la CADH determina que los fallos, además de comunicados a los Estados parte en el

62 QUERALT JIMÉNEZ, “El efecto de la cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, organizadores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio, p. 698 y 714. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/30.pdf>, acceso en 11 de mayo de 2018.

63 Voto razonado como juez *ad hoc* en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (opus cit., párrafo 63). Así también refirió el juez en su voto razonado en Gelmán (supervisión de cumplimiento):

‘80. Cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter “inmutable”— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (res judicata) hacia las partes en su integridad (véase supra párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (res interpretata) hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana [...]’.

64 Voto razonado como juez *ad hoc* en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (opus cit., párrafos 78 y 79).

caso concreto (eficacia subjetiva), sean también transmitidos a los Estados parte de la Convención (eficacia objetiva).

De acuerdo con ALCALÁ⁶⁵, la determinación constante del art. 69 de la CADH existe para facilitar la eficacia general con efectos de norma interpretada, de modo que los demás países ‘tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del corpus iuris interamericano’.

Entretanto, otro juez de la misma Corte IDH (Eduardo Vio Grossi) hace una diferente lectura de lo dispuesto en el caso Gelmán (supervisión de cumplimiento).

Según el párrafo 69, GROSSI⁶⁶ señala que la Corte no ha señalado la obligatoriedad de sus sentencias para Estados que no hicieron parte de la causa juzgada. Para el juez, con respeto a los artículos 68 de la CADH y 59 de la Corte Internacional de Justicia⁶⁷, la Corte IDH no podría otorgar esa fuerza vinculante ‘más allá de la causa en que emite la sentencia correspondiente y del Estado parte de la misma’

De manera todavía más categórica, amparado en el artículo 38.1.d de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸ y en la propia lectura doctrinal y jurisprudencial, GROSSI⁶⁹ acuerda que la jurisprudencia no es fuente vinculante internacional, sirviendo solamente como ‘medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho’. De ese modo, no puede decidir una controversia por sí sola, necesitando, por tanto, ‘acudir a una fuente convencional, consuetudinaria, a un principio general de derecho y, cuando proceda, a un acto jurídico unilateral y, a partir de allí, determinar e interpretar la norma que de ese modo se crea’.

Además de las diferencias interpretativas entre Mac-gregor y Grossi, hay que referirse también a la crítica doctrinaria con respecto a la ‘cosa interpretada’.

De hecho, ese entendimiento sufre muchas críticas, siendo incluso llamado de ‘un nuevo positivismo de superprecedentes’⁷⁰.

65 ALCALÁ, Humberto Nogueira, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *ReDCE* Año 10. Núm 19. Enero-junio Disponible /2013. p. 246. Disponible en http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm, aceso en 02-02-2018.

66 GROSSI, Eduardo Vio, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 105-106.

67 Art. 59. ‘La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido’.

68 Artículo 38.1.d: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar [...] las decisiones judiciales [...] como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

69 Opus cit. p. 106.

70 SODERO. Eduaro. R., “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?”, en *Anuario de*

De acuerdo con SAGÜÉS⁷¹, esa interpretación, aunque laboriosa, no supera el hecho de que “el Pacto de San José (art. 68), no obliga a los estados a cumplir sentencias en los que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron parte pudieron ser oídos”.

De acuerdo con MAINO⁷², “De este modo, se busca configurar al sistema interamericano como un *case-law system*, en el que se impone el principio de *stare decisis*, que es ajeno a la Convención, al Estatuto de la Corte y la tradición jurídica latinoamericana”. Con lo que existiría una “ampliación de las facultades de la Corte en forma contranormativa y unilateral” (MAINO, opus cit., p. 373)⁷³.

Acá surge el problema de los ‘precedentes extremadamente injustos’ (SODERO, opus cit., p. 493) o de las ‘sentencias aberrantes’ (SAGÜÉS⁷⁴), que demandarían necesariamente un mecanismo de apartamiento por parte del juez local.

Esa situación es bien resumida por SODERO (opus cit. p. 494):

mientras que frente a una convención de derechos humanos absurda existe el recurso de no adherir a ella en ejercicio de la propia soberanía, cuando se trata de precedentes de tribunales internacionales a cuya jurisdicción nos hemos sometido (como es el caso de la Corte IDH), la alternativa de “salirnos del sistema” se presenta como de difícil, por no decir imposible, materialización.

En razón de eso, el autor (opus cit., p. 496), apelando a la dimensión material del derecho – fórmula de Rabruch⁷⁵ - defiende la necesidad de realizarse una “ponderación cuando no resulte posible dejar incólume al precedente apelando a la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* o a la técnica del *distinguishing*”. En esa ponderación el juez analizaría la existencia de márgenes de apreciación nacional bien como los

Derecho Constitucional Latinoamericano, año XX, Bogotá, 2014, p. 492.

71 SAGÜÉS, Néstor P., “Empalmes entre el control de constitucionalidad...”, opus cit., p. 621.

72 MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, en *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, año XXII, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, p. 370.

73 En el mismo sentido GROSSI (opus cit., 2015, p. 109-110), para quién:

[...] establecer internacionalmente la supranacionalidad de la Convención y de las sentencias de la Corte, si es lo que se desea, requeriría, más que un acto jurisprudencial, una expresa e inequívoca decisión de quienes disponen del *jus tractatum*. La legitimidad de una transformación de tal envergadura precisaría de una fuente, no auxiliar como la jurisprudencia, que, en los términos del artículo 38.1.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, únicamente “determine las reglas de derecho”, sino una fuente que sirva o baste por sí sola para “decidir conforme al derecho internacional” las pertinentes controversias.

74 SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, México : Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 240.

75 De acuerdo con la ‘Fórmula de Radbuch’ la ley resulta inválida cuando determina la aplicación de un derecho considerado extremadamente injusto. Eso en razón de que el derecho extremadamente injusto no puede ser considerado verdadero derecho.

principios formales y materiales que sustentan la obligatoriedad del precedente – siempre expuesto al *overruling*⁷⁶ – cuya autoridad “depende de la *corrección* de su discurso justificatorio y de la norma general que sienta”.

También los Estados han demostrado reservas al carácter obligatorio de la cosa interpretada.

En Colombia, la Corte Constitucional⁷⁷ sostuvo que el Estado resulta obligado por las decisiones de la Corte IDH solamente en los casos en que ha sido parte en el proceso contencioso. Entretanto, aunque no fuera parte del caso, la Corte Constitucional admite reabrir casos por ella juzgados con base en sobrevenidas interpretaciones de la Corte IDH (cosa interpretada), siempre bajo el cumplimiento de muy estrictas condiciones⁷⁸.

Para el tema, una buena solución parece haberla encontrado México, en los lineamientos expuestos por el Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 14 de julio de 2011, donde, en cumplimiento a la decisión de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México (opus cit.) decidió que⁷⁹:

a. Por unanimidad se entendió como obligatoria y de cumplimiento pleno la sentencia dictada contra el país por parte de la Corte IDH. b. La mayoría de los jueces acuerdan entender que: 1. los criterios interpretativos de la Corte IDH en el resto de los casos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación, 2. según el modelo procesal mexicano, todos los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden ejercer de oficio el control de convencionalidad declarando la invalidez de una norma por ser contraria a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, 3. el resto de los jueces en el ámbito de sus competencias podrán desaplicar dichas normas, solo para el caso concreto y no realizar declaración de invalidez alguna, y 4. al resto de las autoridades públicas que no ejercen funciones jurisdiccionales les está impedido desaplicar norma

76 A respecto del *distinguishing* y del *overruling*, véase abajo en el capítulo III, ítem 2.

77 CCC, *Sentencia C-500 de 2014*, de 16 de julio de 2014.

78[...] 2.6. Finalmente, en relación con el último de los problemas planteados, este Tribunal concluyó que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo pueden obligar al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. No obstante, podría considerarse hipotéticamente la posibilidad de reabrir un asunto previamente examinado por la Corte Constitucional, en aquellos casos en los cuales: (i) el parámetro de control haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada.[...].

79 Síntesis de los fundamentos del fallo conforme COLANTUONO (COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, en *Publicado RAP, El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*; 2013, P. 6. Disponible en http://gutierrezcolantuono.com.ar/downloads/Publicaciones/El_valor_de_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_y_su_aplicacion_en_los_ambitos_nacional_y_local.pdf, acceso en 24 de enero de 2018.

alguna, menos aún para declarar su invalidez. No obstante, los jueces advierten de la necesidad de que estas autoridades deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezca a la dignidad de las personas.

Como se observa, el carácter obligatorio resulta restrictivo a las causas en que el Estado fue parte, siendo que en los demás la ‘cosa interpretada’ de la Corte IDH debe servir como criterio orientativo a los jueces⁸⁰. Además, de acuerdo al modelo de control de constitucionalidad mexicano (similar al brasileño), el control de convencionalidad puede ejercerse por los jueces en el modelo concentrado, con función exclutoria de las normas, o en el modelo difuso, con la simple inaplicación de la norma en el caso concreto. Las demás autoridades públicas no pueden ejercer ese control.

A eso agregaríamos la función constructiva, que puede ser realizada por todos los jueces e incluso por las demás autoridades administrativas del Estado, siempre respetando el principio *pro homine*.

2. Implementación de la sentencia internacional frente a la cosa juzgada en el ámbito interno.

Frente a una sentencia firme en el ámbito interno, normalmente surgen dudas sobre la manera/posibilidad de hacerse el cumplimiento de la sentencia internacional.

Para resolver el tema, muchos países europeos crearon mecanismos procesales que permiten la reapertura de procedimientos internos para cumplir las decisiones del TEDH que sean opuestas a decisiones ya con tránsito en juzgado.

Es el caso de España⁸¹, donde la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ, ha recibido un nuevo art. 5 bis (por medio de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio - LO 7/2015), que posibilita la interposición de recurso de revisión ante el Tribunal Supremo -TS contra una resolución judicial firme en respuesta a una sentencia condenatoria del TEDH “siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Eso, entretanto, no es común en Latinoamérica. Argentina y Brasil, por ejemplo, no poseen ningún mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia firme interna por tales motivos.

⁸⁰Una excepción ocurre cuando la cosa interpretada resulta más favorable a la persona. Así, en abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México estableció que, siempre que sea más favorable a la persona, e incluso en casos donde el Estado mexicano no haya sido parte, la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos.

⁸¹ A respecto véase PADILLA, Carmen Montesinos, “El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro”. En *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°. 10, abril – septiembre 2016, pp. 98-113.

Sin embargo, eso no es razón suficiente para que las sentencias locales no sean descalificadas siempre que se confronten con una decisión posterior diferente proferida por la Corte IDH.

Según SAGÜÉS (opus cit. p. 437), aún en la ausencia de previsión legal esas rutas deberían ser creadas en respecto al efecto útil del tratado (art. 2 del CADH) ya que en el caso contrario, ‘el Estado incurriría en una nueva violación al Pacto – desobediencia a una sentencia de la aludida Corte – y debería afrontar otras responsabilidades internacionales’.

Para RAMOS⁸², en el caso brasileño, no resulta necesaria la modificación legislativa con respecto de los criterios de la acción rescisoria (civil) o de la revisión criminal (penal), siendo suficiente que el propio ejecutivo implemente el comando de la sentencia internacional. Por ello, basado en la teoría del doble control⁸³, se entiende que el comando judicial interno no entra en conflicto con la decisión internacional basada en el control de convencionalidad.

En sentido similar, la Corte IDH⁸⁴, en la supervisión del cumplimiento de sentencia en el caso *Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*, ha referido que es el Estado quien elige los medios para cumplir la sentencia internacional. Así, a pesar de que en la sentencia se menciona que ‘El Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico así como todas sus consecuencias’⁸⁵, en la supervisión de cumplimiento de sentencia la Corte refirió que el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, como por ejemplo manteniendo su publicación con ‘algún tipo de anotación

82 RAMOS, André de Carvalho, *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil* – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 416-417.

83 Por medio de la teoría del doble control, el juez local debía hacer primeramente un control de constitucionalidad y después un control de convencionalidad, debiendo la norma superar los dos testes. Esa teoría era defendida por SAGÜÉS (a la que llama de ‘los dos eslabones consecutivos’) el cual, alejándose de su anterior postura, pasó a defender un control de constitucionalidad basado en una constitución convencionalizada (SAGÜÉS, Néstor P., “Empalmes entre el control de constitucionalidad...”, opus cit, 2013, p. 625-628), que se podría entender como: (i) una constitución depurada de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución conformada y completada con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. Eso también es defendido por el juez Eduardo Mac-Gregor (en su voto razonado como juez *ad hoc* en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, párrafo 26) - aunque limitando su ocurrencia a ‘algunas ocasiones’ – al referir que ‘el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”’.

84 CORTE IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*. IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18 de octubre de 2017.

85 CORTE IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nº 328, punto resolutivo 2.

indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana⁸⁶.

Un órgano internacional no tendría, para RAMOS⁸⁷, ‘el poder de revisar una sentencia judicial interna, derogar una ley o mismo revocar un acto administrativo: es el propio Estado que, utilizando su propia legislación, hará la completa reparación y cumplirá, por sus mecanismos, con la decisión internacional’ (traducción libre).

Para SAGÜÉS⁸⁸, desde otro punto de vista, es una competencia posible de la Corte IDH, que se deriva del art. 63 de la CADH⁸⁹, invalidar por inconvencional una decisión del judiciary interno que viola un derecho previsto en la CADH. Otra alternativa a la Corte IDH sería disponer que quien dictó la sentencia la deje sin efecto, medida que ‘puede quizá ser visualizada como más respetuosa con una Corte Suprema nacional’ (opus cit. p. 11).

Para el autor (opus cit., p. 10-11), la Corte IDH tendría que haber actuado conforme la primera opción arriba referida en los casos ‘La última tentación de Cristo Vs. Chile’ y en ‘Atalla Riffo Vs. Chile’ (ver párrafos 130, 146, 154, 208), donde, respectivamente, se estableció la sentencia de la Corte Suprema de Chile como ‘atentatoria contra la libertad de expresión’ o como infringiendo varias normas de la CADH. En esos casos, la Corte determinó directamente la violación de la CADH, tornando sin efectos la decisión de la Corte Suprema de Chile, sin necesidad de ninguna actuación estatal interna para revocar tales decisiones. Ya en el caso Fontevecchia, más acorde a la segunda opción referida, la Corte IDH solicitó que internamente se dejara sin efecto la decisión considerada inconvencional.

86 De hecho, fue la solución adoptada por la SCJN, en la Resolución N° 4015/2017 (Expediente N.º 6439/12), dictada el 5 de diciembre de 2017, por medio de la cual ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en el caso “*Menem Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros*”, la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29/11/2011)”. A respecto, véase más en el capítulo III, ítem 3.

87 RAMOS, André de Carvalho, “*Processo internacional de direitos humanos...*”, opus cit., p. 372.

88 SAGÜÉS, Néstor P., “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en *El Derecho*, volume 272, núm. 14, 4 abr 2017, p. 15.

89 Para HITTERS la competencia es clara y explícita pues,

“el artículo 63.1 es muy claro al sostener que cuando hubo violación, la Corte IDH puede disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad vulnerados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias y el pago de una indemnización. Y justamente en la frase “que se reparen las consecuencias” está incluida la posibilidad de “dejar sin efecto” un decisorio local (*in claris non fit interpretatio*)”, (HITTERS, Juan Carlos, “¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso Fontevecchia Vs. Argentina)”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, organizadores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio, p. 482. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/21.pdf>, acceso en 11 de mayo de 2018.

Es importante observar que, cualquiera que sea la solución adoptada, el hecho es que la decisión de la Corte IDH resulta obligatoria y el Estado debe adoptar los medios necesarios – incluso invalidando una sentencia interna firme – so pena de incurrir en un nuevo acto ilícito internacional.

3. Interpretación evolutiva y consenso.

Aparte de los métodos tradicionales de interpretación de los tratados, se suele hablar de una necesaria interpretación evolutiva para adaptarlos a los cambios proporcionados por el paso del tiempo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado ese concepto desde el 2002 en el Caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom*⁹⁰, donde se reconoció el principio de no discriminación en razón de la orientación sexual.

En la Corte IDH podemos encontrarlo en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*⁹¹:

161[...] este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Respecto a la interpretación evolutiva de los tratados, refiere ALBANESE⁹² que “la intención del legislador es un elemento que puede ser contrabalanceado con otro método interpretativo, recordando que “a medida que la ley envejece los antecedentes se tornan menos importantes”⁹³”. Esa reflexión se aproxima incluso del pensamiento de NIETZSCHE⁹⁴, para quien “la causa de la génesis de una cosa y su utilidad final, su efectiva utilización e inserción en un sistema de finalidades, difieren *toto coelo*

90TEDH. *Christine Goodwin v. United Kingdom* [Gc], núm. 28957/95, § 85, 2002.

91 CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones Sentencia de 27 de junio de 2012, Série C Nº 245.

92 ALBANESE, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Susana Albanese, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 35.

93 Acá la autora refiere ROSS (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Eudeba, 2ª edición, 1997, p. 171 y ss). En el mismo sentido SAGÜES (“¿Puede válidamente la Corte...”, opus cit., p. 8.), para quién ‘el texto competencial de un ente jurisdiccional supranacional puede registrar con el tiempo legítimas mutaciones por adición, en aras de afianzar el sistema de derechos que se procura salvaguardar’.

94NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, *Genealogía de la moral: una polémica*; tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. - São Paulo : Companhia das letras, 1998, p. 65-66, traducción libre.

(totalmente)”. O sea, por veces no hay nada más equivocado que buscar la actual razón de algo en su origen.

Entretanto, resulta importante observar que la interpretación evolutiva no se encuentra prevista en los principios de interpretación establecidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)⁹⁵.

Para PASCUAL⁹⁶ la interpretación evolutiva complementa y da sentido a la interpretación teleológica de los tratados, prevista en el art. 31.1 del Convenio de Viena. Entretanto, resalta el autor, con referencia a *Johnston and others v. Ireland*⁹⁷, que esa práctica hermenéutica evolutiva es limitada por la ‘imposibilidad de modificar el tenor del tratado internacional introduciendo o incorporando un derecho no previsto inicialmente por los Estados partes’.

Aún más crítico con respecto del tema, MALARINO (opus cit, p. 37) resalta los riesgos del activismo judicial por parte de la Corte IDH basado en la modificación judicial del derecho interamericano, por medio de la introducción de una nueva norma en el sistema, no pactada por los estados, o por medio de la alteración o supresión de una norma pactada⁹⁸.

Así, para corregir las incongruencias arriba referidas de una manera democráticamente válida, se presenta útil el uso de la técnica de la interpretación evolutiva basada en el consenso. Una interpretación evolutiva basada en el consenso tiene más legitimidad que una evolución basada sólo en la pura interpretación de la Corte, teniendo un resultado más democrático.

La formación del Derecho Internacional Público se basa en la noción del consenso, tanto en su dimensión material como formal. Para PASCUAL⁹⁹,

95 Propuesta en ese sentido, refiriéndose al principio de contemporaneidad, realizada por el ponente Gerald Fitzmaurice, no fue aprobada en el seno de la Comisión Internacional de Derecho Internacional – CDI. A respecto, véase PASCUAL (PASCUAL VIVES, Francisco José, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 66, N° 2, 2014, pp. 122, nota de rodapié 42).

96 “Consenso e interpretación evolutiva...”, opus cit., p. 126.

97 TEDH. *Johnston and others v. Ireland*, 18 December 1986, § 53, Serie A, núm. 112.

98 Según el autor (opus cit., p. 37):

“La actualización jurisprudencial de la Convención Americana lesiona, por ello, los artículos 76 y 77 de ese tratado, que establecen, por un lado, que la competencia para enmendar la Convención o para aprobar protocolos adicionales corresponde exclusivamente a los estados y, por el otro, que esas enmiendas o protocolos solo vincularán a los estados que los ratifi quen. El artículo 31 de la Convención Americana admite que puedan ser incluidos nuevos derechos y libertades al régimen de protección del sistema interamericano siempre y cuando “sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”. La única facultad que tiene la Corte Interamericana en este proceso es la de presentar una “propuesta de enmienda” (artículo 76.1)”.

99 “Consenso e interpretación evolutiva...”, opus cit., p. 116.

Desde una vertiente formal, el consenso constituye un mecanismo para la toma de decisiones que se caracteriza por la adopción de éstas cuando no se presentan objeciones por los Estados que participan en el procedimiento decisorio y que, por tanto, no requiere de una votación formal para adoptarlas. [...]. Desde una óptica material el consenso representa un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional que, en tanto que resulta indicativo y representativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados por éstos, permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones. Referencias suprimidas.

En ese sentido, en los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido*¹⁰⁰ y *Scoppola c. Italia*¹⁰¹, el TEDH ha utilizado el consenso material para justificar, respectivamente, la interpretación evolutiva del derecho a no discriminación en razón de la orientación sexual y del principio de legalidad penal a abarcar la aplicación de la ley penal más favorable al acusado.

La Corte IDH, en el caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile* de 2012¹⁰², ha fundamentado una interpretación evolutiva del derecho a la vida familiar en la existencia de un consenso formal – basado en varias resoluciones de la Asamblea General de la OEA adoptadas por consenso¹⁰³ – entre los Estados sobre el tema.

Entretanto, en el caso ‘*Artavia Murillo Vs. Costa Rica*’, al redefinir el derecho a la vida basada en una interpretación evolutiva (párrafo 246 de la sentencia) del término ‘concepción’ no respaldada por el consenso, la sentencia de la Corte IDH se aproximó del activismo judicial criticado por MALARINO.

Además, sea basándose en la interpretación evolutiva o en el consenso, la Corte IDH se inclina por la estipulación de criterios universales de aplicación de los derechos humanos¹⁰⁴, los cuales deben ser seguidos por los Estados conforme la doctrina del control de convencionalidad.

Eso resulta ampliado, considerándose la pretensión de la Corte IDH de incluir también la interpretación que hace de la CADH y demás tratados internacionales en la

100 TEDH. *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, 2002.

101 TEDH. *Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, 2009.

102 CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párr. 92.

103 AG/res. 2435 (XXXVIII-O/08), «derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 3 de junio de 2008; AG/res. 2504 (XXXIX-O/09), «derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 4 de junio de 2009; AG/res. 2600 (XIO/10), «derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 8 de junio de 2010; y AG/res. 2653 (XLI-O/11), «derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 7 de junio de 2011. A respecto véase PASCUAL (PASCUAL VIVES, Francisco José, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 9, 2013, p. 259).

104 Aunque a veces acepte un margen de apreciación nacional en algunos temas, como se verá en el capítulo II.

‘fuerza normativa’ de esos¹⁰⁵.

Siendo así, para que ocurra la efectiva aplicación de la doctrina del 'control de convencionalidad', concordamos con SAGÜÉS¹⁰⁶ cuando se refiere, en analogía a la tesis de la fuerza normativa de la Constitución (de HESSE¹⁰⁷), que eso depende de dos presupuestos: 1. la efectivización sensata de tal doctrina por parte de la propia Corte IDH, basada en una interpretación con alta dosis de legitimidad de la CADH, sin 'defectos jurídicos' o desconsideraciones de 'las posibilidades y límites de la realidad'. 2. la voluntad de seguimiento por parte de los tribunales nacionales, en particular de sus órganos supremos.

De hecho, la voluntad de seguimiento transcurre ineludiblemente de la razonabilidad de las decisiones de la Corte IDH.

Así, resulta importante analizarse la existencia de medios válidos por los cuales los Estados puedan alejarse del cumplimiento de la cosa interpretada e, incluso, de la cosa juzgada internacional, cuando sea necesario. También es importante verificar cómo el control de convencionalidad se ha implementado en la práctica de Brasil y Argentina.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS EXCEPCIONES. CASOS PRÁCTICOS DE ARGENTINA Y BRASIL

1. Margen de apreciación nacional

La noción del margen de apreciación nacional es una herramienta de construcción judicial que admite que algunos derechos sean modulados internamente de acuerdo a la realidad nacional. Se basa en el entendimiento de que, además de un núcleo duro existente en todo derecho de fuente internacional, habría un núcleo más maleable, a aceptar algunas especificidades de cada país¹⁰⁸.

El concepto es presentado por BARRERA¹⁰⁹:

el margen de apreciación de los Estados, tanto en su faceta sustantiva (vinculada a constatar la necesidad de un discernimiento entre libertades individuales y objetivos colectivos) como en su vertiente estructural (relacionada con la intensidad del escrutinio

105 En ese sentido el voto razonado de Eduardo Mac-Gregor en el caso Cabrera García y Montiel Vs. México (opus cit., párrafo 52).

106 SAGÜÉS, Néstor P., “El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, 2009-B, pp. 764-765.

107 HESSE, Konrad, *La Fuerza Normativa de la Constitución*. Editorial Astra, 1997.

108 SAGÜÉS, “El 'control de convencionalidad'...”, opus cit., p. 764.

109 BARRERA, Eloy Espinosa-Saldaña, “Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, p. 91.

de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales), tiende a identificarse como el ámbito de deferencia que los órganos internacionales debieran reconocer a las entidades legislativas, judiciales y administrativas nacionales para que estas últimas puedan cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹¹⁰ utilizó el concepto por primera vez en el caso Grecia c. Reino Unido, en 1958, al examinar si algunas medidas restrictivas de derechos fundamentales violaban el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Posteriormente, el TEDH utilizó el concepto en los casos Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica¹¹¹ (1971) y Handyside c. Reino Unido¹¹² (1976), para analizar posibles violaciones de los artículos 8 (derecho a la vida privada) y 10 (derecho a la libertad de expresión) del CEDH, respectivamente.

Desde entonces, el concepto ha sido utilizado ampliamente por el TEDH, destacándose también el caso “Evans Vs. Reino Unido” de 2006¹¹³.

La Corte IDH utiliza el concepto de manera todavía más tímida. Lo hizo por primera vez en 1984 en la Opinión Consultiva OC-4/84¹¹⁴ (párrs. 58 y 62) en lo que se refiere al derecho a la igualdad y a no ser discriminado.

El caso Herrera Ulloa v. Costa Rica en 2004¹¹⁵ fue el primer caso contencioso donde la teoría fue referida expresamente por la Corte IDH, al hablar de la libertad de expresión y del derecho a la doble instancia en materia penal.

Otro precedente ocurrió en 2008, caso Castañeda Gutman Vs. México¹¹⁶, donde se aceptó el margen de apreciación nacional en algunos temas electorales.

110 Conforme PASCUAL (“El margen de apreciación nacional...”, opus cit., p. 221).

111 TEDH. *Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) v. Belgium*, 18 June 1971, § 93, series a, n° 12. Aún que utilizando el termino ‘poder de apreciación’ en lugar de ‘margen de apreciación’ en el caso.

112 TEDH. *Handyside v. United Kingdom*, 7 december 1976, § 48, series a, n° 24.

113 TEDH, *Evans contra Reino Unido*, Demanda N° 6339/2005, Sección 4, de 7 marzo 2006. En el caso, el TEDH desestimó una demanda contra Reino Unido, presentada por una ciudadana británica en razón de una decisión judicial que denegara la transferencia de embriones congelados en tratamiento de fecundación *in vitro*, en razón de la retirada de consentimiento por parte de su antiguo compañero. El TEDH permitió que las autoridades locales decidieron sobre el tema, considerando que la legislación nacional determinaba la destrucción de los embriones en casos de revocación de consentimiento de una de las partes.

114 CORTE IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, n° 4, párrs. 58-59.

115 CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161. En verdad, aunque no utilizando el término ‘margen de apreciación’, la Corte IDH ya había hecho anteriormente referencia a alguna especie de discrecionalidad por parte del Estado, como en el caso Baena Ricardo Vs. Panamá (CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 131).

116 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones preliminares, Fondo, REparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, N.º 184.

En 2009, la Corte IDH volvió a tratar del tema de la doble instancia en el caso *Barreto Leiva v. Venezuela*¹¹⁷.

La doctrina del margen de apreciación nacional es cuestionada por CANÇADO TRINDADE¹¹⁸. Para el ex presidente de la Corte IDH, la doctrina surgida en el ámbito de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos solamente sería aceptable en una situación en que todos los países sean verdaderamente Estados de Derecho, lo que no ocurriría en el ámbito de la CADH ni tampoco en el actual ámbito de la CEDH (posterior a 1989). En apoyo a tal argumentación, el autor refiere que en el sistema interamericano la mayoría de los casos se refieren a violaciones de derechos inderogables – en los cuales no cabría ningún margen de apreciación – como los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (art. 4º y 5º de la CADH), diferente del sistema europeo, donde la mayoría de los casos se refieren a la violación del debido proceso legal (art. 6º de la CEDH).

De esta manera, no cabría ningún margen de apreciación con respecto de ese núcleo irreductible de derechos inderogables¹¹⁹.

Según lo defendido por CANÇADO TRINDADE parece que la Corte IDH se inclina por la estipulación de criterios universales de aplicación de los derechos humanos.

Entretanto, el margen de aplicación nacional sigue siendo un criterio válido y que resulta incluso coherente con el principio de subsidiariedad de la actuación de la Corte IDH, siempre que sean respetados algunos presupuestos. Por ello, hay que decidir sobre en qué materias puede haber margen y con qué amplitud.

El margen de apreciación tiene una dependencia directa con la naturaleza de la norma jurídica aplicada, resultando mayor frente a normas de carácter privado y menor frente a normas de carácter público.

Hay también una relación con las obligaciones positivas y negativas. El margen

117 CORTE IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Nº 206.

118 CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 124-126. En sentido similar, la advertencia de ALCALÁ (ALCALÁ, Humberto Nogueira, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *ReDCE* Año 10. Núm 19. Enero-junio Disponible /2013, p. 255. Disponible en http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm, acceso en 02-02-2018) en el sentido de que el apelo al margen de apreciación puede venir escondido en una interpretación neutralizadora de la norma internacional o de su interpretación por la Corte IDH.

119 CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights”, en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, 1987, t. 202, p. 402.

es mayor en las obligaciones positivas (con relación al medio elegido para adoptarlas) y menor en las negativas. Y debe siempre ser respetada la proporcionalidad¹²⁰ de la interferencia estatal en los derechos humanos protegidos.

Así, debidamente acepta la existencia de un margen de apreciación nacional, frente a cada caso concreto cabe a la Corte IDH verificar si, basándose en el principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas por el Estado se adecuaron o no a lo previsto en la CADH.

Finalmente, el margen de apreciación también resulta afectado por la existencia o no del consenso entre los Estados sobre el tema discutido. El margen resulta mayor frente a la ausencia del consenso sobre el tema y menor cuando hay consenso¹²¹.

De hecho, la existencia del consenso puede justificar el alejamiento del margen de apreciación.

En el caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*¹²² el derecho de los transexuales de modificar su inscripción registral de nacimiento y de contraer matrimonio fue acepto por el TEDH, que reconoció la existencia de un consenso con respecto del tema en Europa. Con eso, no fue aceptado el argumento estatal basado en el margen de apreciación.

También en el precedente *Scoppola c. Italia*¹²³, basada en un consenso con respecto del alcance del principio de legalidad en materia penal, la Gran Sala del TEDH no aceptó el margen de apreciación del gobierno local que pretendía aplicar una ley posterior más gravosa al reo.

Por otro lado, la ausencia de consenso puede legitimar el uso del margen de

120 Trabajamos acá con el concepto de proporcionalidad en sentido amplio, a abarcar la adecuación (si el medio promueve el fin deseado), la necesidad (si de entre los medios disponibles e igualmente adecuados para promover el fin deseado, el elegido resulta ser el menos restrictivo a los derechos fundamentales) y el de la proporcionalidad en sentido estricto (si las ventajas provenientes de adopción del fin superan las desventajas provocadas). Según ÁVILA (ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos Principios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. Malheiros Editores, 2005, p. 112).

En ese sentido, en el caso *Argüelles y otros v. Argentina* de 2014 (CORTE IDH. *Caso Argüelles y otros v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, N.º 288, la Corte IDH aceptó que los Estados pueden limitar el ejercicio y goce de los derechos políticos por medio de la exigencia de ciertos requisitos a ser cumplidos por los titulares de tales derechos para su ejercicio, siempre que no sean desproporcionados o irrazonables.

121 Como bien refiere ALBANESE (opus cit., pp. 39 y 45), así como la falta de consenso entre los Estados debe ampliar el margen de apreciación nacional, también la falta de consenso en la jurisprudencia internacional (como en casos de mudanza reciente y no unánime en la jurisprudencia de la Corte IDH o del CEDH) lo podría justificar. Así, el campo de apreciación crece tanto cuando no hay criterios ya establecidos por la Corte IDH como cuando esos son cambiantes. Al revés, el campo se restringe siempre que no haga duda sobre la posición de la Corte IDH sobre el tema.

122 TEDH. *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, 2002.

123 TEDH. *Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, 2009.

apreciación nacional.

Eso ocurrió en la decisión de la Gran Sala en el caso *Lautsi*¹²⁴. En la decisión, que modificó la decisión anterior de la sala, la ausencia de un *consensus generalis* entre los Estados acerca de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas fue un fuerte argumento para aceptarse el margen de apreciación de Italia en el caso. Así, en la ausencia de consenso y en respeto al principio de subsidiariedad, entendió la Gran Sala que no le cabía decidir el tema¹²⁵.

En el caso *Schalk and Kopf v. Austria* en 2010¹²⁶, donde Austria no había promulgado legislación que permitiera el registro de parejas del mismo sexo, el TEDH no condenó el Estado, basándose en el argumento de la inexistencia de un consenso europeo sobre la materia, en razón del cual disfrutaba Austria de un amplio margen de apreciación sobre el tema.

La Corte IDH así también dispuso en el caso *Liakat Ali Alibux v. Surinam* de 2014¹²⁷, donde, frente a la ausencia de un consenso sobre cómo debe ser garantizado el doble grado de jurisdicción, aceptó un margen de apreciación estatal para organizarse de manera propia para garantizar el derecho a recurrir de los altos funcionarios públicos. Lo hizo después de verificar la “práctica de algunos Estados” de la región, la cual admitía que el pleno de un órgano de justicia – excluidos los jueces que ya se hubieran pronunciado - era legitimado para conocer de impugnaciones, garantizando así el doble grado de jurisdicción.

Anteriormente, entretanto, la decisión de la Corte IDH había sido diferente en dos casos paradigmáticos.

Primero, en el caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile* de 2012¹²⁸, radicalmente en contra de cualquier deferencia al consenso como modo de restringir derechos o reducir la actuación del tribunal frente a incumplimientos de obligaciones internacionales:

“92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para

124 TEDH. *Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, 2011.

125 Opus cit. § 68. ‘Ahora bien, no corresponde al Tribunal posicionarse sobre un debate entre los tribunales internos’

126 TEDH. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, Judgment, 24 June 2010, Párr. 43 y 46.

127 CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Párr. 105.

128 CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párr. 92.

negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.”

El caso es curioso pues, al mismo tiempo en que la Corte IDH negó a la falta de consenso el poder de abrir margen para la apreciación nacional, ha considerado el consenso formal – basado en varias resoluciones de la asamblea General de la OEA adoptadas por consenso¹²⁹ – razón suficiente para hacer una interpretación evolutiva del derecho a la vida familiar.

Segundo, en el caso ‘Artavia Murillo Vs. Costa Rica’¹³⁰, donde la Corte IDH no aceptó ninguna margen de apreciación nacional para Costa Rica negar el uso de las técnicas de reproducción asistida, aunque ausente consenso sobre el inicio de la vida ‘desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa’¹³¹.

En el caso, el Decreto Ejecutivo n.º 24029-S del 3 de febrero de 1995 que autorizaba la Fecundación *in vitro* (FIV) con transferencia embrionaria en Costa Rica fuera declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de aquel país¹³². Con respecto al tema, al enfrentar un caso puntual, la Corte IDH, interpretando el artículo 4.1 de la CADH, decidió que la protección del derecho a la vida no es absoluta, que el embrión no es una ‘persona’ para los efectos del artículo 4.1 y que la ‘concepción’ en el sentido del artículo referido solamente ocurriría en el momento en que el embrión se implanta en el útero materno¹³³.

El entendimiento resultó mantenido por la Corte IDH en 2016¹³⁴, en la supervisión de cumplimiento de sentencia¹³⁵, donde decidió que (punto resolutivo 3)

129 Conforme ya referido en el capítulo II, ítem 3.

130 CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C N.º 257.

131 Opus cit. párrafo 185.

132 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, *in re Navarro Del Valle, Hermes c/Decreto ejecutivo 24029-S*, sentencia del 15 de marzo de 2000.

133 Como se observa, la Corte IDH caminó en sentido opuesto a lo decidido por el TEDH en el caso ‘Evans contra Reino Unido’, arriba referido, donde se aceptó el margen de apreciación nacional.

134 CORTE IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del 26 de febrero de 2016.

135 Como forma de cumplir la sentencia de la Corte IDH en el caso ‘Artavia Murillo’, el Presidente de la República de Costa Rica ha firmado en el 10 de septiembre de 2015 el Decreto 39210-MP-S91, autorizando la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria. Ocurre que el Decreto, por no respetar el principio de reserva de ley para el tema, resultó anulado por la Sala Constitucional el 3 de febrero de 2016 (sentencia N.º 2016-1692). Entretanto, mismo así la Corte IDH ha determinado (punto resolutivo 4) que “se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo N.º 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna

‘debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público’.

De modo que, diferente del TEDH, la Corte IDH no parece venir utilizando adecuadamente el consenso estatal o su falta como una manera de legitimar su análisis sobre el uso del margen de apreciación nacional.

Junto al margen de apreciación nacional, también la técnica del *distinguishing* suele ser utilizada para contornar el carácter vinculante de los precedentes de la Corte IDH. A su vez, la técnica de *overruling* permite que, por un imperativo de justicia, el propio tribunal internacional modifique sus precedentes.

2. Técnicas de *distinguishing* y *overruling*.

La manera en la que la Corte IDH ha establecido el control de convencionalidad se aproxima al sistema del *stare decisis*¹³⁶ típico del sistema de *common law*, donde la *ratio decidendi* (los motivos determinantes) del precedente se aplica a los nuevos casos.

En verdad, se puede decir que la Corte IDH va más allá, estableciendo un carácter vinculante (*binding precedents*) a todas sus decisiones, que desde siempre – sean o no utilizados nuevamente por la Corte IDH para fundamentar nuevos juicios – son consideradas precedentes¹³⁷.

Así entendidas las cosas, cabe referir que la interpretación y aplicación del precedente por la justicia local, al hacer la necesaria correlación del caso concreto con los precedentes de la Corte IDH, debe darse sin perjuicio de la técnica de confrontación denominada *distinguishing*.

De acuerdo con NEVES¹³⁸, el *distinguishing*:

Trata de hipótesis de no aplicación del precedente en el caso concreto sin, entretanto, revocarlo. De esa manera, es excluida la aplicación del precedente judicial solamente para el caso concreto en razón de determinadas particularidades de hecho e/o jurídicas, manteniéndose el precedente válido y con eficacia vinculante para otros procesos.

regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.

136 Según esa doctrina, las decisiones de un órgano judicial crean precedentes, los cuales resultan vinculantes para las futuras decisiones.

137 Eso no necesariamente debería ser así. Acá se pueden seguir las observaciones de MARINONI - hablando de las Cortes nacionales – para quién ‘Ni mismo en una Corte de Precedentes, o sea, en una Corte preocupada en atribuir sentido al derecho o en instituir la interpretación adecuada, se debe ver la función de elaboración de reglas universales y enfocadas a regular los casos futuros de modo absoluto’ (MARINONI, Luiz Guilherme, *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt, Daniel Mitidiero. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 658, traducción libre).

138 NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil* – Volume único, 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1316.

Es obvio que las particularidades deben ser determinantes en el caso para que se pueda alejar el precedente. Por ello la técnica del *distinguishing* es una técnica de confrontación y no de superación del precedente basada en un entendimiento personal diverso del juzgador siempre que le parezca oportuno¹³⁹.

Siendo así, debidamente aplicado, por medio del *distinguishing* el juez nacional puede alejar la aplicación de la *ratio decidendi* constante en las cosas interpretada¹⁴⁰ y juzgada internacional.

Como refiere Colombo¹⁴¹, aunque sin hablar de *distinguishing*, ‘El Estado condenado debe tener la oportunidad de defenderse en cada caso concreto, utilizando argumentos que podrían variar del precedente que se le pretende aplicar y tener la expectativa de obtener una resolución favorable’.

De hecho, esa técnica ha sido utilizada con cierta frecuencia por los jueces nacionales de latinoamérica, como demostrarán los casos de Argentina y Brasil (abajo, ítems 3.A y 4.A). Así también por la Corte Constitucional de Colombia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia¹⁴² (CCC), en la Sentencia C-442/11 (considerando 7), al referirse a la decisión de la Corte IDH en caso donde Colombia no ha sido parte¹⁴³, se manifestó en el sentido de que:

aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión. Grifos nuestros.

De esa manera, y aunque los artículos 220 a 228 de la Ley 599 de 2000 de

139 En ese sentido DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 114.

140 De acuerdo con GELLI (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada*, 4ª edición, La Ley, 2008, t. II., p. 234), frente a la existencia de un precedente de la Corte IDH en un caso donde el país no fue parte, deberían los jueces locales ‘examinar si el supuesto de hecho del precedente coincide en un todo con el del conflicto que deben resolver en el orden interno. Si existe alguna singularidad específica, a los tribunales locales se les ofrecen alternativas de interpretación y, entre éstas, diversas opciones’.

141 COLOMBO, Ignacio, *Control de Convencionalidad e interpretación constitucional. Un replanteo necesario*. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170508_02.pdf, p. 10. acceso en 31 de mayo de 2018.

142 CCC. Sentencia C-442/11, de 25 de mayo de 2011.

143 CORTE IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Fondo, reparaciones y costas, série C, N° 177.

Colombia fueran similares a los artículos penales argentinos declarados inconvencionales por la Corte IDH en el caso Kimel Vs. Argentina (opus cit.), la Corte Constitucional de Colombia los ha declarado exequibles. Lo hizo distinguiendo el caso concreto del decidido por la Corte IDH en el precedente citado.

En la Sentencia SU-712 de 2013¹⁴⁴, al analizar el fallo que resolvió el Caso López Mendoza Vs. Venezuela, la CCC advirtió: (i) las diferencias entre las constituciones colombiana y venezolana, sobre la materia; (ii) la posibilidad que da la jurisprudencia de la Corte IDH para que se establezcan sanciones disciplinarias (asimilables en algunos casos a las penales) y como expresión del poder punitivo del Estado y (iii) la necesidad de aplicar la CADH teniendo en consideración la arquitectura institucional de cada Estado. Como se observa, en el ítem I se ha utilizado el *distinguishing*, al paso que en el ítem III se ha utilizado una especie de argumento sobre el margen de apreciación nacional.

Si por un lado el *distinguishing* representa una técnica de confrontación del precedente a ser aplicado por los otros jueces - el juez local en el caso del control de convencionalidad – por otro el *overruling*¹⁴⁵ representa una técnica de superación del precedente a ser aplicado por el propio tribunal que lo creó¹⁴⁶.

Para MARINONI¹⁴⁷,

‘La superación de un precedente (overruling) constituye la respuesta judicial al desgaste de su congruencia social y congruencia sistémica. Cuando el precedente carece de esos atributos, los principios básicos que sustentan la regla del *stare decisis* – seguridad jurídica e igualdad – ya no más autorizan su replicabilidad (*replicability*). Traducción libre.

El *overruling*¹⁴⁸ ocurre más bien cuando: i – el precedente se encuentra obsoleto y desfigurado; ii – es absolutamente injusto y/o incorrecto; iii – se revelar inaplicable en

144 CCC. Sentencia de Tutela SU-712, 17 de octubre de 2013.

145 En Brasil el *overruling* es previsto en el artículo 927, §4º, del Código de Proceso Civil:

§ 4º La modificación de enunciado de sumatoria, de jurisprudencia pacificada o de tese adoptada en juicio de casos repetitivos observará la necesidad de fundamentación adecuada y específica, considerando los principios de seguridad jurídica, de la protección de la confianza y de la igualdad. Traducción libre.

146 Para NEVES (opus. cit., p. 1319) ‘llega mismo a ser intuitivo que órganos jerárquicamente inferiores no puedan hacerlo, so pena de se tornar facultativo lo que debería ser obligatorio.

147 Opus cit, p. 660.

148 Por su vez, ocurre el *overriding* cuando ‘el tribunal solamente limita el ámbito de incidencia de un precedente en razón de la superveniencia de regla o de principio legal. No hay, por lo tanto, su superación – cuando mucho una superación parcial – pero su adecuación a la incidental configuración jurídica del entendimiento fijado’ (NEVES, opus, cit. p. 1318). Por medio del *overriding*, ‘el precedente es reescrito con el fin de restringir su ámbito de aplicación’ (MARINONI, opus. cit. p. 661)

la práctica¹⁴⁹.

Además, si por un lado cabe solamente a la propia Corte IDH hacer el *overruling* de sus precedentes, cabe al juez local, siempre que encuentre presentes los fundamentos arriba referidos -obsolescencia, injusticia o inaplicabilidad – destacar su inconformidad a los criterios adoptados por la Corte IDH en los precedentes aplicables aun que pese los cumpla. Así, al mismo tiempo en que el juez local cumple el control de convencionalidad, hace constar su inconformidad, en beneficio del diálogo jurisprudencial y en señal a una posible necesidad de *overruling* a ser practicada por la Corte IDH¹⁵⁰.

Por otro lado, en caso de que se hagan presentes los ya referidos ‘precedentes extremadamente injustos’ (SODERO, opus cit., p. 493) o ‘sentencias aberrantes’ (SAGÜÉS, “La Constitución bajo tensión...”, opus cit. p. 240)¹⁵¹, el camino a ser seguido por el juez local sería el del verdadero apartamiento de la decisión de la Corte IDH¹⁵².

Finalmente, hay que subrayar que el *overruling* es congruente con la interpretación evolutiva de los tratados adoptada por la Corte IDH.

De hecho, si la interpretación evolutiva es aceptada para la letra de los tratados, también lo debe ser para la interpretación que de ellos hace los tribunales internacionales. De ahí la necesidad de aceptarse la posibilidad de superación de los precedentes, por medio de su permanente sujeción al *overruling*, principalmente si basado en el consenso, so pena de enyesarse el sistema.

3. El control de convencionalidad en Argentina¹⁵³.

El control de convencionalidad en Argentina tuvo una evolución muy rica. Pero no sin avances y retrocesos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH – 1969) fue

149 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266-284. Citado por MARINONI, opus cit. p. 511.

150 Así como lo hizo la Corte Suprema de Justicia Nacional argentina en el caso Espósito (CSJN, *Caso Espósito*, sentencia del 23 de diciembre de 2004, en fallos 327:5668), abajo referido (ítem 3).

151 A respecto, remitimos a lo ya referido en el capítulo II, ítem 1.E.b.

152 En ese sentido, frente a una decisión extremadamente injusta al principio *pro homine*, la decisión de la Cámara de Apelaciones de Salta en el caso ‘Lodi Ortiz’ (Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “*Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo*”, Expte. N° 007/13, sentencia del 6 de julio de 2013) se alejó del precedente establecido por la Corte IDH en el ya referido caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. A respecto, véase abajo, ítem 3.A.

153 Seguimos acá, en parte, lo referido en MARX, Ivan Claudio, *Justicia transicional : necesidad y factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del estado durante la última dictadura militar en Brasil*, 1° ed. La Plata : Al Margen, 2013.

ratificada en Argentina el 14 de agosto de 1984, aceptándose incluso la competencia de la Corte IDH, luego de ser aprobada por el Congreso de la Nación mediante ley 23.054.

Ya en el caso *Ekmekdjian*¹⁵⁴, donde se reconoció el carácter supralegal de los tratados¹⁵⁵, la Corte sostuvo que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal precedente fue confirmado posteriormente a la reforma constitucional de 1994¹⁵⁶ en el caso “*Girolodi, Horacio D. y otro*”¹⁵⁷, afirmando que la expresión “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Argentina) significa “tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

Un pequeño retroceso en esa jurisprudencia ocurrió en el fallo “*Acosta*”¹⁵⁸, donde se defendió que la cosa juzgada no podría ser afectada por las decisiones de órganos internacionales.

Volviendo a la línea anteriormente seguida, y de manera más amplia, en la causa *Videla*¹⁵⁹ la CSJN refirió que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese fallo, además, la CSJN defendió la necesidad del control de convencionalidad *ex officio*¹⁶⁰.

Ampliando el carácter evolutivo de la aplicación interna de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso *Espósito*¹⁶¹ la CSJN admitió el criterio, y en un recurso extraordinario contra la decisión de la Cámara que había declarado la prescripción de la causa¹⁶², hizo operativas las decisiones del alto tribunal interamericano.

154 CSJN, “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*”, sentencia del 7 de julio de 1992.

155 Acá la CSJN cambió el entendimiento anteriormente utilizado en el fallo *Martín & Cía Ltda.*, 1963, fallos 257:99.

156 Con la reforma de 1994, por medio del artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina (CN), varios tratados de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, pasaron a tener jerarquía constitucional. Además, en su artículo 31, la CN replica el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, de modo que los tratados internacionales integran el bloque federal.

157 CSJN, “*Girolodi, Horacio D. y otro*”, sentencia del 7 de abril de 1995 (consid. 11).

158 CSJN, “*Acosta*”, Fallos 321:3564, sentencia del 28 de diciembre de 1998.

159 Considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa *Videla* (CSJN, “*Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*”, sentencia del 21 de agosto de 2003).

160 El control de convencionalidad, al tratarse de materia de derecho, es claramente pasible de análisis de oficio por parte de los jueces, considerando el principio *iuria novit curia*.

161 CSJN, Caso *Espósito*, sentencia del 23 de diciembre de 2004, en fallos 327:5668.

162 Referente al caso del menor Walter David Bulacio, de 17 años de edad, detenido el 19 de abril de 1991 por la Policía Federal Argentina durante una detención masiva de “más de ochenta personas” en la ciudad de Buenos Aires, cerca del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, donde se realizaba un

En este caso y pese a no tratarse de un crimen de lesa humanidad, la CSJN, acatando la decisión de la Corte IDH en el Caso Bulacio¹⁶³, donde se declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino, entendió inaplicables al caso las disposiciones internas referentes a la prescripción.

La completa subordinación de la CSJN a la decisión de la Corte IDH quedó expresa en los siguientes términos¹⁶⁴: “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”¹⁶⁵.

Así (párr. 10), y considerando que el “ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado” decidió considerar inaplicables las disposiciones comunes de prescripción al caso, sosteniendo que “en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad”. Tales reglas serían la “Convención sobre desaparición forzada de personas” –ley 24.556, art. VII– y la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” –ley 24.584–.

O sea que, sin perjuicio de que se haya acatado la decisión de la Corte IDH, la CSJN, en beneficio del diálogo jurisprudencial¹⁶⁶, destacó su inconformidad con la solución adoptada por aquélla en el sentido de hacer prevalecer el derecho a una

concierto de rock. Bulacio fue trasladado a la Comisaría 35^a, donde fue golpeado por agentes policiales, sin comunicarse su detención al juez de menores y a los familiares. En el día siguiente salió de la comisaría en ambulancia para ser internado, muriendo posteriormente en razón de las lesiones sufridas en la Comisaría 35^a.

163CORTE IDH, *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100. Dispone el punto resolutive 4 que “el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos”. Además, la imposibilidad de aplicarse la prescripción al caso es referida en los siguientes términos:

“117. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva”.

Curioso observar que la Corte habla simplemente de violaciones a los derechos humanos, sin agregarle el adjetivo 'grave'.

164 CSJN, *Caso Espósito*, opus cit., considerando 6 del voto de la mayoría.

165 Con respecto a los fallos Espósito y Simón (CSJN, “*Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*”, S. 1767 XXXVIII, sentencia de 14 de junio de 2005), refiere FILIPPINI que “La jurisprudencia que empezó siendo una 'guía para la interpretación' de la Convención Americana aparece ahora, aunque sin razones suficientemente explícitas, como un 'criterio de aplicación obligatoria' para nuestros jueces” (FILIPPINI, Leonardo, “Tres problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo ‘Simón’”. *RDP*, n° 3, marzo 2006, LexisNexis, p. 444).

166 De modo a señalar a la Corte IDH la necesidad de *overruling* en el tema.

decisión del proceso en un plazo razonable cuando éste colisiona con el derecho del imputado a una defensa amplia. De hecho, la CSJN (consid. 12) hizo su salvedad a su disensión al declarar no compartir “el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado”¹⁶⁷.

Tal disidencia de pensamiento hizo que en la causa *Derecho*¹⁶⁸ la CSJN no siguiera inicialmente lo determinado por la Corte IDH en el caso *Bueno Alves*¹⁶⁹, referente al mismo caso¹⁷⁰.

En el caso *Bueno Alves*¹⁷¹, la Corte IDH habría determinado la responsabilidad internacional del Estado argentino en relación a los hechos denunciados¹⁷².

Entretanto, en el correspondiente proceso penal interno (caso *Derecho*), considerando que el crimen cometido no se subsumía al concepto del crimen de lesa humanidad, entendió la CSJN inaplicable al mismo la consecuencia de imprescriptibilidad.

Como se puede observar, la CSJN utilizó criterios diferentes en los referidos casos “Espósito” y “Derecho”, considerando que en este último no hubo, inicialmente, subordinación de la Corte Suprema al determinado por la Corte IDH¹⁷³.

Mientras tanto, solamente dos días después de lo decidido en el fallo “Derecho”,

167 12. [...] Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional.

168 CSJN, “*Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*”, sentencia del 11 de julio de 2007.

169 CORTE IDH, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C, Nº 164.

170 Es verdad que la CSJN solamente fue notificada de la decisión de la Corte IDH el 21 de septiembre de 2007, posteriormente, por lo tanto, a su decisión en el caso “Derecho” (11 de julio de 2007). Entretanto, no creemos que al decidir ese caso, dos meses después de la decisión de la Corte IDH en el caso “Bueno Alves” (11 de mayo de 2007), la CSJN desconociera tal precedente.

171 Los señores Bueno Alves y Carlos Alberto Pérez Galindo fueron detenidos por la policía el 5 de abril de 1988. Durante la madrugada del 6 de abril, en la sede de la policía, Bueno Alves fue torturado por medio de agresiones, incluidos golpes con la mano ahuecada en los oídos y en el estómago. La tortura objetivaba que la víctima declarara en contra del otro detenido, señor Carlos Galindo.

172 Punto resolutivo 8: El Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea.

173 Con respecto a tal posición de la CSJN, DOMÍNGUEZ ha referido que:

“Quizás una aproximación interpretativa posible consiste en suponer que la Corte Suprema de Justicia desea conducir la interpretación del art. 75 inc. 22, hacia la tesis de la aplicabilidad combinándola con el mecanismo de la ponderación; con lo cual, aún lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso concreto contra el Estado argentino, si colisiona con un derecho o garantía interno, podría ceder una vez ponderados los pesos específicos enmarcados en los condicionamientos fácticos relevantes”. Entretanto, el autor refiere que tal entendimiento marca ‘un preocupante retroceso en torno al control de convencionalidad en el marco del paradigma constitucional argentino’ (DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, “Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, en *El control de convencionalidad* / coordinado por Susana Albanese – 1ª ed. – Buenos Aires; Ediar 2008, p. 79).

la CSJN ha aplicado totalmente la doctrina del 'control de convencionalidad' en el fallo “Mazzeo”¹⁷⁴, transcribiendo lo referido por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”¹⁷⁵. Vale decir que en el caso “Mazzeo” se trataba de un delito de lesa humanidad.

Después, en la supervisión del cumplimiento de sentencia en el caso Bueno Alves¹⁷⁶, la Corte IDH, independientemente de estar de acuerdo con el hecho de que los actos de tortura perpetrados contra el Sr. Bueno Alves no configuraban un delito de lesa humanidad¹⁷⁷, insistió en la inoponibilidad de la prescripción, en razón de que la obligación de investigar el presente caso de tortura constituía una obligación de garantía prevista en el art. 1.1 de la CADH.

Con el fin de determinar el alcance jurisdiccional de la decisión de la Corte IDH en el caso “Bueno Alves”, la defensa dedujo una aclaración en el caso “Derecho”. A ese respecto, la CSJN¹⁷⁸ ha recibido el pedido aclaratorio de la defensa como un recurso de revocatoria¹⁷⁹, por medio del cual dejó sin efecto la anterior decisión proferida el 11 de julio de 2007, determinando el retorno del caso a la instancia anterior a fin de que sean cumplidas las determinaciones fijadas por la Corte IDH en el caso “Bueno Alves” (o sea, seguir el proceso, desconsiderándose la prescripción).

Así se observa que la CSJN acató en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH en los casos Bulacio y Bueno Alves. En ambas situaciones el Estado Argentino era parte en el proceso, de manera que operaba directamente el artículo 68.1 de la CADH (cosa juzgada internacional).

Eso se repitió en el caso Mohamed Vs. Argentina¹⁸⁰. En el caso, la Corte IDH¹⁸¹ condenó a Argentina por violar el derecho de recurrir una sentencia condenatoria al señor Oscar Mohamed. La CSJN, considerando que las sentencias de la Corte IDH

174 CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ casación e inconstitucionalidad”, sentencia de fecha 13 de julio de 2007, consid. 21.

175 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 42.

176 CORTE IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5 de julio de 2011.

177 Opus cit., párrafo 31. ‘Además, la inexistencia de crimen de lesa humanidad en el caso ya había sido referida en el párrafo 87 de la decisión de fondo’.

178 CSJN, “Caso Derecho, René J.”, recurso de hecho, sentencia del 29 de noviembre de 2011.

179 Al respecto, la CSJN ha seguido sus precedentes (Fallos 313.1461; 321:2467 y 323:497) donde afirma que en situaciones estrictamente excepcionales sus decisiones pueden ser corregidas.

180 CSJN, *Expediente N° 4499/13 (Caso N° 11618 “Mohamed Vs. Argentina” CIDH – Obligatoriedad de su cumplimiento - Intervención de la Corte Suprema (marzo 2014) - Reconstrucción del expediente - Designación de nueva Sala Poder Judicial de la Nación)*.

181 CORTE IDH. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Serie C, N° 255.

deben ser cumplidas y que son obligatorias incluso para ella, dictó una nueva sentencia en el caso.

Además, en el caso Carranza Latrubesse¹⁸², siendo mencionado previamente en el capítulo I, la CSJN determinó la obligatoriedad de los informes del artículo 51 de la Comisión Interamericana.

Entretanto, en febrero de 2017, la CSJN¹⁸³ cambió radicalmente su posición, al no aplicar lo decidido por la Corte IDH en el caso 'Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina'¹⁸⁴. La CSJN desestimó el pedido de revocación de su anterior decisión en 2001 sobre el caso¹⁸⁵, donde había confirmado una condena de indemnización por daños y perjuicios por violación a la vida privada de Carlos Menem, practicado por los periodistas Jorge Fontevecchia y Carlos D'Amico¹⁸⁶.

Por tanto, la CSJN argumentó, basada en el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que la Corte IDH no podría actuar como una cuarta instancia a determinar la revisión del fallo interno.

En verdad, al aplicar el control de convencionalidad la Corte IDH no se convierte en una instancia revisora de las decisiones de los tribunales nacionales¹⁸⁷. Como refiere CANÇADO TRINDADE (opus cit., p.128), no hay que hablar de una

182 CSJN, "*Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut*" y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV" 06/08/2013, considerando 3. En la decisión, la CSJN contrarió el parecer del Fiscal General, que no aceptaba el carácter vinculante de las recomendaciones de la CIDH. A respecto del parecer del Fiscal, véase FILIPPINI (FILLIPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín, *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del procurador general en el caso 'Carranza Latrubesse'*, 2010. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acceso en 24 de febrero de 2018.

183 CSJN, "*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", del 14 de febrero de 2017.

184 CORTE IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 328.

185 CSJN, "*Menem Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros*", sentencia del 25 de septiembre de 2001.

186 Al empezar el caso, la CSJN determinó dar traslado de la presentación a Carlos Menem para que se manifestara, a lo cual ese respondió que 'no ha sido parte en el juicio internacional, cuyo pronunciamiento recayó condenando al Estado argentino, por lo que nada tiene que expresar al respecto'. Acá surge el tema del tercero ausente en el proceso internacional que, en algunos casos, sufre directamente las consecuencias de lo decidido, sin que hubiera podido ejercer su derecho de amplia defensa. En esos casos, para RAMOS ("*Processo internacional de direitos humanos...*", opus cit., p. 427), la 'Corte debe tener la sensibilidad de ampliar la sujeción pasiva y permitir la participación de esos terceros como intervinientes plenos en el proceso internacional'.

187 En sentido diverso SAGÜÉS ("*La Constitución Bajo Tensión...*", opus cit., p. 433):

Si el cuestionamiento a una lesión a los derechos humanos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica ha atravesado los estrados judiciales del país del caso, en virtud del principio de agotamiento de los recursos internos (art. 46 a) del Pacto), la gestión ante la Corte Interamericana implica, guste o no, una "instancia", si por esto se entiende "el grado de jurisdicción de los tribunales".

'cuarta instancia', ya que es el órgano convencional de protección el que determina si los actos cometidos por parte de cualquier poder u órgano estatal –incluso las leyes y sentencias de tribunales nacionales– son o no compatibles con los respectivos tratados de derechos humanos.

A respecto, el entendimiento de la Corte IDH es bien resumido abajo¹⁸⁸:

56. Esta Corte ha establecido que *para que la excepción de cuarta instancia sea procedente, “es necesario que el solicitante busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal”*. Además, este Tribunal ha establecido que, *al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno*. Por tanto, la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. (Grifos nuestros, referencias suprimidas).

Otro argumento de la CSJN, basado en la interpretación literal del artículo 63 de la CADH, fue el de que la Corte IDH tendría excedido en su competencia al determinar que un tribunal superior de un país dejara sin efecto una sentencia. De esta forma, y siguiendo el pensamiento de TRUCCO¹⁸⁹ (2017, p. 3), se puede argumentar que eso se deriva implícitamente del contenido del artículo 63.1 de la CADH¹⁹⁰, especialmente cuando fue la sentencia del tribunal superior la que generó la violación de algún derecho contemplado en el pacto (en el caso ‘Fontevicchia’, la violación a la libertad de expresión – art. 13 de la CADH - de los periodistas).

Además, la SCJN interpretó el artículo 27 de la Constitución Nacional (CN) como que estableciendo un margen de apreciación nacional ya que los tratados deben respetar los principios de derecho público de la Constitución. Entre esos principios públicos, la CSJN incluye su posición como cabeza del Poder Judicial de la Nación, previsto en el art. 108 de la Constitución Nacional, el cual resultaría violado en el caso de que la Corte IDH pudiera revisar sus sentencias.

Ocurre que el artículo 108 se encuentra en la segunda parte de la CN, de modo

188CORTE IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Custas. Sentencia de 16 de febrero de 2017, Serie C 333

189TRUCCO, Marcelo, “Análisis y proyecciones a partir del caso “Fontevicchia” ”, en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia. El valor de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y su incidencia en el derecho argentino*, 2017, p. 3. Disponible en <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/05/31052017.pdf>, acceso en 31-01-2018.

190 Para HITTERS (opus cit.) esa competencia es incluso explícita, conforme ya referido arriba, nota de rodapié 89.

que no haría parte de la excepción prevista en el art. 75, inciso 22, en el sentido de que los tratados allá referidos tienen jerarquía constitucional y ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’.

Además, la CSJN pareció olvidar no caber al derecho interno determinar si un acto estatal configura o no un ilícito internacional. Eso lo determinan los tribunales internacionales¹⁹¹. En este sentido, con respecto a las obligaciones internacionales, refiere PIZZOLO¹⁹² que su contenido debe ser esclarecido por el organismo internacional responsable de su control, de manera que “el Estado no puede, a través de uno de sus poderes, crear la medida de su cumplimiento”.

Los referidos argumentos de la CSJN no fueron aceptados por la Corte IDH, la cual, en la supervisión de cumplimiento de sentencia¹⁹³, ha determinado la necesidad de que el Estado cumpla los puntos pendientes de la sentencia de fondo. En dicho caso, la Corte IDH refirió que, diferente a la revisión de la sentencia, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, como por ejemplo manteniendo su publicación con ‘algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana’. La CSJN lo hizo por medio de la Resolución N° 4015/2017 (Expediente N.º 6439/12), dictada el 5 de diciembre de 2017, ordenando que se asiente junto a la decisión registrada en el caso “*Menem Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros*”, la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29/11/2011)”. Entretanto, la SCJN lo hizo sosteniendo una criticable posición en lo que respecta al carácter discrecional de la implementación de las decisiones de la Corte IDH, al referir (en el considerando 4º de la referida Resolución) que en el caso resultaba adecuado acceder a lo sugerido ‘toda vez que esta Corte Suprema considera que la anotación sugerida por la Corte Interamericana no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27)’.

191En ese sentido la Resolución 56/83 de la ONU, aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001.

Artículo 3: Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

192PIZZOLO, Calogero, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”. *El control de convencionalidad* / coordinado por Susana Albanese – 1ª ed. – Buenos Aires; Ediar 2008, pp. pp. 196-197.

193 CORTE IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18 de octubre de 2017, punto resolutivo 4.

Como se observa, la decisión de la CSJN representó un retroceso – violando el principio de no regresividad en la protección de los derechos humanos - en relación al estándar interpretativo del art. 75, inciso 22 párrafo segundo de la Constitución Nacional establecido por la CSJN en el caso Nardelli¹⁹⁴ donde se decidió que los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27) ‘comprenden actualmente los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22°)’.

Ese paso tuvo como precedente (aunque la SCJN no lo haya adoptado en el caso específico) el dictamen del Procurador General Esteban Righi emitido el 10 de marzo de 2010 en el caso ‘Acosta’¹⁹⁵, donde analizó el valor vinculante de las decisiones de la Corte IDH. En el caso, la CSJN no adoptó la línea argumentativa del fiscal. Entretanto, ha llegado a conclusiones similares por medio de la técnica del *distinguishing* (véase abajo, ítem 3.A).

En su dictamen el procurador analizó los alcances y el valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH, y circunscribió la extensión del art. 68 de la CADH al caso específico, salvo las excepciones que pueden presentarse en los supuestos expresamente previstos. En efecto, puede decirse siguiendo estos lineamientos que las sentencias de la Corte solamente serían obligatorias cuando ‘no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno’.

Así, señala que “en cuanto concierne a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, esto es, al fundamento jurídico de la decisión [...] ninguna disposición de la Convención establece su carácter vinculante y mucho menos su valor erga omnes”¹⁹⁶.

Con tal argumento, contesta el control de convencionalidad en el sentido de que debe ser seguida la jurisprudencia de la Corte¹⁹⁷ (lo que no tendría ningún fundamento

194 CSJN, “Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición”, sentencia del 05 de noviembre de 1996, párrafo 13.

195 CSJN, ‘Acosta’, Fallos 335:533, sentencia del 08 de mayo de 2012.

196 La fundamentación del Fiscal Righi en ese caso fue utilizada por la CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/Swiss Medical s/ Amparo”, expte. N° 007/13, sentencia del 6 de julio de 2013, al no aplicar el precedente ‘Artavia Murillo’ de la Corte IDH en el caso concreto - Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). De acuerdo con la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, la sentencia de la Corte IDH en el caso ‘Artavia Murillo’ carece de fuerza vinculante respecto del caso concreto, ostentando solamente un carácter orientativo. A respecto, véase más abajo, ítem 3.A. En el mismo sentido MARRAMA (MARRAMA, Silvia Estela. *Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional*, 2016, p. 19. Disponible en <https://www.ancmvp.org.ar/user/FILES/Marrama%20I.16.pdf>, acceso en 30 de enero de 2018).

197 Aquí se puede observar un cambio en la posición del fiscal, ya que en el considerando XI de su dictamen en el fallo “Mazzeo” refirió que aquella jurisprudencia resultaba ‘vinculante para el Estado

legal con excepción de la propia jurisprudencia de la Corte).

Además, sobre el valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH según el derecho y la jurisprudencia argentinos, refiere que ninguna norma interna estipula su carácter vinculante, el cual discurre solamente del artículo 68 de la CADH.

Así, sostiene que hay que reinterpretar lo decidido por la Corte en el fallo “Giroldi” en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte “deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”. De modo que el ‘servir de guía’ debe ser interpretado en el sentido de ‘tan solo una obligación de tenerla en consideración’, lo que ‘no significa, por ello, su aplicación irreflexiva y automática’.

Para el Procurador, si la CSJN estuviera obligada a cumplir la decisión de la Corte IDH, la inclusión de la CADH en el artículo 75, inc. 22 habría sido inconstitucional, ya que violaría los artículos 116 y 108 de la Constitución Federal (relativos a las atribuciones de la CSJN, situándola en la cúspide de la estructura judicial argentina). Además, si al cambiar la interpretación que hace de la CADH, la Corte IDH lo hiciera de manera obligatoria para Argentina, también la inclusión de la CADH en las condiciones de su vigencia (ahora cambiante) violaría el régimen de reforma constitucional del art. 30 de la Constitución Argentina¹⁹⁸, algo también prohibido al legislador constituyente de 1994¹⁹⁹.

Finalmente, con esas consideraciones el fiscal propuso cuatro reglas para cumplir el deber de ‘tener en consideración’ la jurisprudencia de la Corte IDH. Primero, verificar si existe jurisprudencia de la Corte IDH o CIDH sobre la cuestión debatida. Segundo, determinar cuál es la doctrina o razón subyacente que se desprende de la sentencia de la Corte. Tercero, determinar la aplicabilidad de tal doctrina al caso concreto²⁰⁰. Cuarto, verificar si tal aplicabilidad no viola razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional (‘examen de compatibilidad de la doctrina *prima facie* aplicable con el orden jurídico constitucional’)²⁰¹.

Con respecto a la posición del fiscal, cabe referir que la cuarta regla resulta la más discutible.

argentino en virtud del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’.

198 Artículo 30.- La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

1990 sea, sería una excepción a las reglas de modificación de la Constitución.

200Posibilitando así el uso de la técnica del *distinguishing*.

201 De este modo, siguiendo esos pasos, según el Procurador, se respetaría el principio de buena fe del derecho internacional.

Sobre el caso, importa recordar el caso “Görgülü” decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰². En ese caso, la Corte Europea ordenó a un tribunal alemán que modificara su resolución respecto de una situación vinculada al derecho de familia. Aceptada la decisión por el Juzgado Federal de Wittenberg la causa fue apelada a la Cámara Regional de Naumburg, que modificó la decisión, desconsiderando lo determinado por el TEDH. Llevado el caso por fin al Tribunal Constitucional Federal Alemán²⁰³, el cual afirmó que los tribunales internos tienen la obligación constitucional de tener en cuenta el texto de la convención y las decisiones del TEDH al momento de interpretar la legislación alemana, no obstante puedan desconsiderarla mientras que lo hagan especificando los fundamentos utilizados para ello.

Acá, cabe referir que la Convención Europea de Derechos Humanos fuera incorporada al derecho interno alemán por una ley con rango inferior a la Constitución Federal²⁰⁴.

Entretanto, SAGÜÉS (“*Dificultades operativas...*”, opus cit., p. 2) señala que “la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito que expreso, de que el Pacto tiene categoría jurídica superior a la Constitución Nacional”.

Así que ninguna norma interna, incluso las constitucionales, podrían servir de excusa para el incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. La inoponibilidad de las normas internas frente al cumplimiento de las obligaciones del derecho internacional está prevista en el artículo 27 de la CVDT²⁰⁵. Así también las obligaciones de *Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide* se derivan respectivamente de los artículos 26 y 31.1²⁰⁶.

Para solucionar el tema, además de la utilización de una interpretación de la

202 TEDH. *Resolución final del caso Görgülü c. Alemania* (Application no. 74969/01), sentencia del 26 de febrero de 2004.

203 Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, -2 BvR 1481/04-*, sentencia del 14 de octubre de 2004.

204 Eso trae importantes consecuencias al compararse con el caso argentino, donde la CADH tiene rango constitucional y brasileño, donde la CADH puede recibir rango constitucional o infraconstitucional, a depender de la interpretación (parte de la doctrina o el STF, respectivamente).

205 Art. 27. **El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

206 Art. 26. **"Pacta sunt servanda".** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

31. **Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Es verdad que la Convención de Viena tiene rango meramente legal en Brasil y suprallegal en Argentina. Entretanto, se puede contra-argumentar considerando su carácter imperativo y consuetudinario (En ese sentido, véase CORTE IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº. 73, párrafo 87).

Constitución 'conforme' con la CADH²⁰⁷, el autor propone la coexistencia de la doctrina del control de convencionalidad con la doctrina del margen de apreciación nacional.

A. Margen de apreciación nacional y *distinguishing* en Argentina.

En Argentina, aunque los jueces inferiores deban seguir la jurisprudencia de la CSJN, les resta el poder de alejarse del precedente siempre que aporten argumentos suficientes (Fallos: 307:1094; 318:2060). Esa situación, lejos de resultar restricta al control de constitucionalidad, sirve para la aplicación concreta del control de convencionalidad en el país, permitiendo argumentar la necesidad del *distinguishing* y del margen de apreciación en el caso concreto.

Justamente por eso, según MAINO (opus cit., p. 368), causó perplejidad jurídica la decisión de la CSJN en el ya referido caso Espósito, en el sentido de que debería subordinar sus decisiones a las de la Corte IDH. Al resaltar el carácter difuso²⁰⁸ del sistema de control de constitucionalidad argentino, refiere el autor que:

la jurisprudencia de la Corte Suprema no es obligatoria sino para las partes del caso, aun cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley. Ahora bien, por imposición externa y reconocimiento propio, no siendo obligatoria la jurisprudencia de la Corte Suprema, si lo sería la de la Corte IDH, lo que es exótico en nuestro sistema de judicial review.

En la práctica, entretanto, Argentina ha utilizado el margen de apreciación nacional para alejarse del cumplimiento tanto de la cosa interpretada como de la cosa juzgada internacional.

En el ya referido caso 'Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina', la CSJN²⁰⁹ utilizó el margen de apreciación como una de las razones para no cumplir la cosa juzgada internacional.

Con relación a la cosa interpretada, resulta importante referir la decisión de la Cámara de Apelaciones de Salta en el caso 'Lodi Ortiz' (opus cit.) en todo contraria a lo establecido por la Corte IDH en el ya referido caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica.

Basada en el carácter meramente orientativo de las sentencias de la Corte IDH en casos donde Argentina no haya sido parte y en el margen de discrecionalidad frente a

207 SAGÜÉS, "El 'control de convencionalidad'...", opus cit., p. 764.

208 Diferente de Brasil, donde hay tanto control difuso cuanto concentrado de constitucionalidad.

209 CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", del 14 de febrero de 2017.

decisiones internacionales que violen los principios públicos establecidos en el artículo 27 de la Constitución Nacional, la Cámara de Apelaciones se distanció de la aplicación de la cosa interpretada.

En sus fundamentos, la Cámara hace referencia a los criterios expuestos por el fiscal Righi en la causa “Acosta”, ya referida. También se basa en el voto del ex-Ministro Fayt de la CSJN en el caso “Derecho”²¹⁰, en lo que se refiere al margen de apreciación nacional.

Entretanto, lo que más llama la atención en esa loable sentencia de la Cámara de Apelaciones de Salta es su basamento en la evidencia científica sobre la existencia de la vida humana anterior a la anidación del embrión en el útero materno. Así, considerando su origen desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, la decisión defiende al embrión como siendo ser humano y por lo tanto con derechos.

La decisión es en todo coherente al principio *pro homine* expreso en el artículo 29 de la CADH²¹¹ y a lo referido por la Corte IDH en la OC 5/1985²¹²: ‘Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido’.

Acá rememoramos la advertencia expuesta en el capítulo II en el sentido de que la voluntad de seguimiento por parte de los Estados transcurre ineludiblemente de la razonabilidad de las decisiones de la Corte IDH. De modo que esa decisión de la

210 CSJN, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, sentencia del 11 de julio de 2007. Dos días después del fallo ‘Derecho’, el juez Fayt también reproduzco su entendimiento en su voto disidente en el fallo ‘Mazzeo’ (CSJN. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007):

13) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente –como ya se hiciera referencia en las disidencias citadas– lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC 4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (referencias suprimidas).

211 Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

212 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n°5 párrafo 46.

Cámara de Apelaciones de Salta debería servir como base para el debido *overruling* en el tema.

Para huir de eventuales incongruencias, la técnica del *distinguishing* también suele ser aplicada en determinados casos en Argentina.

Eso ocurrió en el fallo Acosta (CSJN, “Acosta”, Fallos 335:533, sentencia del 08 de mayo de 2012, considerando 16), donde la CSJN refirió que la redacción actual de la ley 24.390, con las modificaciones introducidas por la ley 25.430, restringía – en el caso concreto – la aplicación del precedente de la Corte IDH en el caso ‘Bayarri Vs. Argentina’²¹³, en tanto que introducía ‘excepciones para oponerse al otorgamiento de la libertad una vez cumplido el plazo estipulado en el art. 1º que la vieja redacción no contenía’.

4. El control de convencionalidad en Brasil.

Brasil es signatario de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (1969), ratificada el 25 de septiembre de 1992 y aprobada por el Decreto nº 678, del 6 de noviembre de 1992. El reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en conformidad con el art. 62 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, solamente ocurrió el 10 de diciembre de 1998.

Entretanto, según el entendimiento del STF²¹⁴, la CADH ostenta un carácter meramente supralegal en Brasil, sin rango constitucional, lo que trae importantes consecuencias para el control de convencionalidad.

Esclareciendo mejor, según el actual entendimiento del STF, los tratados de derechos humanos, no habiendo recibido rango constitucional por el procedimiento previsto en el art. 5º, § 3º de la Constitución²¹⁵ (caso de la CADH), estarían en una

213 CORTE IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, N.º 187. En ese caso se estableció que la prisión de Juan Carlos Bayarri, cuya prisión preventiva por trece años excedió los plazos previstos por la ley 24.390, resultaba violatoria del artículo 7 (5) de la CADH.

214 STF. *RE nº 466.343*, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Acá cabe observar que la decisión se basó en aprietada mayoría de 5x4. La minoría defendió el rango constitucional de todos los tratados de derechos humanos, aunque no sean aprobados según el rito previsto en el art. 5º, § 3º de la CF/88. Para nosotros y para grande parte de la doctrina en Brasil (entre otros PIOVESAN, Flávia, “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”, en *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, nº 1, pp. 43-57, junho/2008, pp. 48-49), el entendimiento de la minoría resulta más acertado y discurre, principalmente, de lo dispuesto en el art. 5º, § 1º y 2º de la CF/88 (véase nota de rodapié abajo). De hecho, el carácter infraconstitucional no puede, de manera alguna, aplicarse a los tratados sobre derechos humanos.

215 Art. 5º.

1º - Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales se aplican inmediatamente.

posición jerárquica superior a las leyes ordinarias (*status* normativo supra-legal), situándose entre éstas y la CF.

Además, la CADH, al no haber sido aprobada por la mayoría calificada prevista en el párrafo 3º del art. 5º de la CF, resulta solamente pasible de control difuso de convencionalidad, pero no del concentrado²¹⁶.

Para RAMOS (“*Processo internacional de direitos humanos...*”, opus cit., p. 385), entretanto, basado en las determinaciones constitucionales de obediencia a los tratados internacionales de derechos humanos (párrafos 2º y 3º del artículo 5º de la CF²¹⁷), y también en lo previsto en el artículo 7º del ADCT²¹⁸, las decisiones de la Corte IDH son vinculantes y tienen fuerza constitucional²¹⁹.

En Brasil, son pocas las referencias jurisprudenciales a las decisiones de la Corte IDH, sean contenciosas o consultivas, o mismo de la CIDH.

En la cuestión de la prohibición de la prisión civil del depositario infiel, el STF (RE 466.343/SP²²⁰) ha adoptado la norma prevista en la CADH, editando incluso la *súmula vinculante* 25: “Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, cualquier que sea la modalidad del depósito”²²¹.

El problema surgió en razón de que la CF brasileña permitiera al legislador estipular prisión por deudas tanto en el caso de débitos alimentares como de débitos

§ 2º - Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no alejan otros que provienen del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.

§ 3º Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que vengan a ser aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

§ 4º Brasil se somete a la jurisdicción de Tribunal Penal Internacional a cuya creación tenga manifestado adhesión. (Traducción libre).

216 En ese sentido, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil”, en *Boletim de notícias CONJUR* (24 de abril de 2015). Disponible en <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>. Acceso en 23 de enero de 2018.

217 Opus cit.

218 Art. 7º Brasil propugnará Por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos. (Traducción libre).

219 El autor no refiere si ese carácter vinculante sería restricto a los casos en que Brasil fue parte o no.

220 STF, RE nº 466.343, Relator: Min. César Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

‘PRISIÓN CIVIL. Depósito. Depositario infiel. Alienación fiduciaria. Decretación de la medida coercitiva. Inadmisibilidad absoluta. Insubsistencia de la previsión constitucional y de las normas subalternas. Interpretación del art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, de la CF, a la luz del art. 7º, § 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso considerado infundado. [...] Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, cualquier que sea la modalidad del depósito’. (Traducción libre).

221 La *súmula vinculante* fue necesaria considerando que la decisión del Recurso Extraordinario, que opera en control difuso y no concentrado, tenía efectos solamente *inter partes*.

resultantes del depósito infiel (CF, art. 5º, inc. LXVII²²²), al paso que la CADH (art. 7.7²²³) solamente lo admitía en el primer caso. Finalmente, el STF ha considerado que la CADH tiene rango supralegal y, por lo tanto, superior a las normas internas que preveían la prisión del depositario infiel.

Con relación a la cosa interpretada, aunque de manera muy tímida, el STF²²⁴ declaró la constitucionalidad de la unión estable homoafectiva, con referencias, por parte del Ministro Marco Aurélio, al concepto de ‘proyecto de vida’ utilizado por la Corte IDH en casos en que Brasil no ha sido parte (fallos *Loayza Tamayo v. Perú*²²⁵, *Cantoral Benavides v. Perú*²²⁶ y *Gutiérrez Soler v. Colombia*²²⁷).

De manera más clara, el STF²²⁸, al decidir por la no necesidad de colegiación obligatoria de periodistas para el ejercicio de tal profesión, ha seguido el entendimiento de la Corte IDH, con citación expresa de su Parecer Consultivo nº 5. En la OC-05/1985, la Corte IDH había considerado que la Ley 4.420 de Costa Rica, que exigía diploma universitario y filiación a Consejo Profesional, violaba el art. 13 de la CADH, que protege la libertad de expresión.

En otro caso el STF²²⁹ aplicó, en respeto al debido proceso legal, el derecho del extranjero detenido a ser informado sobre la asistencia consular, de acuerdo a la Opinión Consultiva de la Corte IDH nº 16 de 1999²³⁰.

Mientras tanto, la jurisprudencia del STF en el caso RE 453000²³¹, al reconocer la constitucionalidad de la utilización de la reincidencia como agravante de pena, colisionó directamente con la cosa interpretada de la Corte IDH en el caso Fermín

222 Art. 5º, LXVII - no hará prisión civil por deuda, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de obligación alimenticia y la del depositario infiel; (traducción libre).

223 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

224 STF. *ADPF n. 132*, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 maio 2011, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 out. 2011.

225 CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, N.º 33.

226 CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, N.º 69.

227 CORTE IDH. *Caso Gutiérrez Soler v. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, N.º 132.

228 STF. *RE n. 511.961*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun. 2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 de noviembre de 2009.

229 STF. *Extradicação n. 954 (Itália)*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 maio 2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 maio 2005.

230 CORTE IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 2 de octubre de 1999.

231 STF, *RE 453000 RS*, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 4 de abril de 2013, Acórdão eletrônico Dje-194, Divulg. 02-10-2013, Publ 03-10-2013.

Ramirez Vs. Guatemala²³². En ese caso, la Corte IDH determinó a Guatemala que se abstuviera ‘de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana’. Eso en razón de que las referencias a la peligrosidad del agente violarían el principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la CADH²³³.

Acá resulta claro que el STF no violó directamente el artículo 9º de la CADH (que no habla eso de manera expresa) pero sí la interpretación que de ese artículo hizo la Corte IDH en un caso específico del cual Brasil no tomó parte.

Además, la situación de impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos por los agentes de Estado durante la última dictadura brasileña mezcla la total desconsideración de las cosas interpretadas y juzgadas de la Corte IDH.

En octubre de 2008, la *Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB) ha impetrado *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*²³⁴, pidiendo que fuera dado a la ley de amnistía brasileña (Ley nº 6.683/79),

una interpretación conforme a la Constitución, de modo a declarar, a la luz de sus preceptos fundamentales, que la amnistía concedida por la citada ley a los crímenes políticos o conexos no alcanza a los crímenes comunes practicados por los agentes de la represión contra opositores políticos, durante el régimen militar (1964-1985). (traducción libre).

En ese caso, la opinión del *Procurador Geral da República* brasileño fue contraria a la revisión de tal ley. En el entender del Procurador, la ley de amnistía, interpretada en su debido contexto histórico, tendría plena validez, sin perjuicio de que ha resaltado la necesidad de preservar el derecho a la verdad.

Es decir que la opinión se fundamentó en argumentos políticos, dando validez en forma implícita al sacrificio del derecho a la justicia con base en un supuesto acuerdo verbal entre los militares y la sociedad²³⁵.

Al fin, esta fue la conclusión del Supremo Tribunal Federal²³⁶, que basó sus

232 CORTE IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, N.º 126, punto resolutivo 8.

233 Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

234 ADPF nº 153, protocolada el 21-10-2008.

235 Además, llama la atención el hecho de que en el parecer no resulte mencionada la cuestión de tratarse la Ley nº 6.683/79 de una verdadera ley de autoamnistía.

236 STF. ADPF 153. Relator Min. Eros Grau, juzgamiento el 29 de abril de 2010, DJE nº 83, divulgado

argumentos en el referido acuerdo político y en la bilateralidad de la amnistía brasileña. En contra de esa decisión fueron presentados *embargos de declaração*, todavía no juzgados.

Como se observa, con relación a la cosa interpretada, resulta claro que el STF, al decidir la ADPF 153, ha desconsiderado claramente las decisiones de la Corte IDH en casos similares referentes a leyes de amnistía en casos de graves violaciones de derechos humanos (caso Barrios Altos Vs. Perú²³⁷, Caso Goibirú y otros Vs. Paraguay²³⁸, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile²³⁹, etc).

Después de eso, el 26 de noviembre de 2010, Brasil resultó condenado por la Corte IDH, en el caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil²⁴⁰. Con relación a las obligaciones de investigar los hechos, juzgar –y, en su caso, sancionar a los responsables– y de determinar el paradero de las víctimas, decidió la Corte que:

256. En el Capítulo VIII de la presente Sentencia, la Corte declaró la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial debido a la falta de investigación, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables por los hechos del presente caso. Teniendo en cuenta lo anterior, así como su jurisprudencia, este Tribunal dispone que *el Estado debe conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea*. Grifos nuestros.

Posteriormente a la decisión de la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil, la fiscalía federal brasileña, que ya venía investigando los crímenes de lesa humanidad²⁴¹, ha ampliado sus investigaciones para todas las víctimas, ya habiendo ingresado con más de 30 acciones penales en contra de los agentes de Estado.

Todas las acciones penales vienen acompañadas de una pieza inaugural donde se exponen los tres fundamentos que posibilitan la sanción de los referidos crímenes, suficientes para alejar la aplicación de impedimentos internos tales como la prescripción

el 10-5-2010.

237 CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, N° 75.

238 CORTE IDH. *Caso Goibirú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, N° 153.

239 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 42.

240 CORTE IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C, N° 219.

241 Desde el año de 2009 había una ola de idas y venidas en lo que se refiere a las iniciativas sobre la sanción de tales crímenes. Pero, el 25 de noviembre de 2011, fue creado por la “2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal” el ‘Grupo de Trabalho Justiça de Transição’ para acompañar todas las medidas de efectivación del derecho a la justicia en lo que se refiere a los crímenes ocurridos en el último periodo de dictadura en Brasil. Después de eso fueron instauradas centenas de procedimientos para apurar los referidos crímenes.

y la amnistía: 1. necesidad de dar cumplimiento a la decisión de la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil; 2. su configuración como crimen contra la humanidad; y 3. por tratarse de crímenes permanentes (en el caso de los crímenes de secuestro y ocultación de cadáver).

Entretanto, todas las acciones han sido rechazadas por la justicia brasileña, normalmente basadas en los argumentos de prescripción y amnistía, no demostrando mayor compromiso con el control de convencionalidad.

Algunos ejemplos pueden bien demostrar eso.

El 24 de abril de 2012 el Ministerio Público Federal presentó denuncia contra dos personas (10º Vara Federal de São Paulo, Proceso nº 0004204-32.2012.4.03.6181), por la práctica del crimen de secuestro calificado²⁴² en razón de la desaparición forzada del bancario y líder sindical, Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, preso ilegalmente por agentes del Estado en mayo de 1971.

La denuncia resultó *rechazada* el 22 de mayo del mismo año por el juez federal Márcio Rached Milani, negando los argumentos utilizados por la fiscalía.

En relación al control de convencionalidad, afirmó el juez que, existiendo una incompatibilidad total entre la decisión del STF en la ADPF nº 153 y la de la Corte IDH en el caso 'Gomes Lund', solamente el STF tendría el poder de revisar su decisión, restando el magistrado sometido a su entendimiento.

El recurso en sentido de la fiscalía también resultó rechazado en la segunda instancia. La fiscalía recurrió nuevamente, estando pendiente el análisis de los recursos especial y extraordinario.

El 14 de mayo de 2013, el MPF denunció 5 personas (Ação Penal n.º 0801434-65.2013.4.02.5101, 2ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro) por práctica del crimen de secuestro cualificado de Mario Alves de Souza Vieira, previsto en el art. 148, § 2º, c/c art. 29 (concurso de agentes), ambos del Código Penal brasileño.

En decisión de 5 de junio de 2013, el juez Alexandre Libonati de Abreu rechazó la denuncia.

Entre otros argumentos, el juez contestó la eficacia vinculante de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con base en tres argumentos: a) la Corte IDH no decidió acerca de los hechos tratados en la denuncia, no habiendo cualquier

242 Art. 148, *caput* e § 2º (secuestro agravado por malos tratos), por cinco veces, en la forma del art. 29 do CP – o sea, en concurso de personas). (traducción libre).

vinculación; b) el carácter de las sentencias del Tribunal Internacional es meramente declaratorio; c) “porque la decisión del caso Lund vs Brasil es de eficacia dudosa, puesto que proferida sin conformidad con el término de sumisión de Brasil a la competencia de la Corte IDH”. Con ese último argumento, el juez cuestionó la competencia de la Corte IDH para juzgar casos anteriores a 1998, año del reconocimiento de la competencia de aquella Corte por parte del Estado brasileño²⁴³. Al final, declaró no existir decisión vinculante de la Corte IDH acerca de la revisión de la ley de amnistía en relación a los hechos narrados en relación al reo del caso.

El recurso de la fiscalía resultó rechazado por unanimidad en la segunda instancia. Actualmente, sigue pendiente el recurso extraordinario de la fiscalía.

Al mismo tiempo, algunos jueces han aplicado debidamente el control de convencionalidad en el caso. Pero al final sus decisiones fueron modificadas por las instancias superiores.

En ese sentido, el 17 de octubre de 2012, el MPF denunció tres personas (*Ação Penal* n° 0011580-69.2012.403.6181, *9ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP*) por el secuestro agravado (art. 148, caput y § 2° del Código Penal, combinado con el art. 29 – en concurso de personas) de Edgar de Aquino Duarte, ocurrido en 13 de junio de 1971, en las dependencias del DOI-CODI y posteriormente DEOPS del Estado de São Paulo.

La denuncia fue recibida el 23 de octubre de 2012 por el juez federal Hélio Egydio de Matos Nogueira.

En sus argumentos, además de alejar la aplicación de la prescripción y de la amnistía al caso en razón del carácter permanente del delito de secuestro, el juez también utilizó como fundamento la obligatoriedad de cumplimiento de la decisión de la Corte IDH en el caso 'Gomes Lund' en lo que se refiere a la necesidad de levantarse obstáculos normativos que impidan la investigación y eventual sanción de los crímenes de desaparecimiento forzado.

Con respecto a ello, cabe citar trechos de la bien fundamentada decisión:

“Destaco, aún, que Brasil ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, que ingresó en el ordenamiento jurídico por fuerza del Decreto n.º 678/92. Y Brasil, desde la edición del Decreto n.º 4.463/02, pasó a reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, órgano que investiga, interpreta y aplica el citado Pacto de San José de Costa Rica. Aunque no se refiera directamente al caso en cuestión, pero cuyos fundamentos pueden

243 Cabe acá observar que el rechazo de la denuncia (y principalmente con la utilización de tales argumentos) implica necesariamente una nueva violación a la CADH y a la sentencia de la Corte IDH en el caso ‘Gomes Lund y outros Vs. Brasil’.

ser ora utilizados, después de juzgada la ADPF n.º 153 por el STF el 04/11/2010, la Corte IDH consideró culpado el Estado Brasileño por las muertes y desapariciones de militantes políticos en la llamada "Guerrilha do Araguaia" (caso Gomes Lund Vs. Brasil).

En especial, en lo que se refiere a la desaparición forzada, la entendió la Corte Internacional como grave violación múltipla y continuada de DH de carácter permanente, practicados por agentes estatales que se niegan a revelar la suerte y el paradero de la víctima, resaltando ser imperiosa una investigación siempre que hagan fundadas sospechas que una persona fue sometida a desaparición forzada, cabiendo una busca seria, imparcial y efectiva, alvitando que los Estados tipifiquen en sus legislaciones tales conductas ilícitas, levantando obstáculos normativos que impidan la investigación y, eventualmente, la sanción de tales hechos, conforme 101 a 111 de la sentencia [...]. (traducción libre).

Entretanto, en 2015, el STF concedió la suspensión del proceso en la *Reclamação n.º 19.760*²⁴⁴, considerando que su existencia violaba la decisión del propio STF en la ADPF 153 que consideró válida la ley de amnistía brasileña. Esa decisión utilizó como precedente lo decidido en la *Reclamação n.º 186886*²⁴⁵, de 2014, donde el Ministro Teori Zavascki determinó la suspensión de la acción penal por el homicidio doloso cualificado y el secuestro de cadáver de Rubens Beyrodt Paiva²⁴⁶ (*Ação Penal 0023005-91.2014.4.025101, 4ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro*). Para ese Ministro, el proseguimiento de dicha acción se demostraba incompatible con la decisión del STF en la ADPF 153 – que consideró constitucional la ley de amnistía brasileña – la cual tiene eficacia *erga omnes* y efecto vinculante.

En razón de esa situación, la Corte IDH²⁴⁷, en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil, aunque sin referirse al control de convencionalidad, resolvió:

5. Declarar que, a pesar de determinadas acciones dirigidas al cumplimiento del punto dispositivo noveno de la Sentencia dictada en el presente caso la interpretación y aplicación de la Ley de Amnistía en determinadas decisiones judiciales continúa siendo un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, y para la eventual sanción y castigo de los responsables, en los términos de los párrafos considerativos 9 a 23 de la presente Resolución.

Como se observa, y remitiendo al párrafo 172 de la sentencia en el caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil, la Corte IDH ‘considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil [...] ha afectado el deber

244 STF. *Reclamação n.º 19.760*. Relatora: Min. Rosa Weber, 23 de abril de 2015.

245 STF. *Reclamação n.º 18686*. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 29 de septiembre de 2014.

246 Esa fue la primera acción donde la fiscalía obtuvo una decisión positiva en la segunda instancia para proseguir con la acción.

247 CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH. 17 de octubre de 2014.

internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos’²⁴⁸.

Para corregir eso, el *Partido Socialismo e Liberdade* - PSOL ingresó con una la ADPF 320, solicitando el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil.

En su parecer en el caso (ADPF 320), el *Procurador-Geral da República* defendió la inconvencionalidad de la ley de amnistía brasileña y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, requiriendo al Supremo Tribunal Federal una interpretación conforme a la constitución del art. 1º de la ley 6.683/79 (ley de amnistía)²⁴⁹.

El caso no fue todavía juzgado por el STF, de manera que sigue prevaleciendo su posición en la ADPF 153 a respecto de la validez de la ley de amnistía brasileña.

Además, cabe referir que la desconsideración de la cosa juzgada en el caso Gomes Lund no ocurre solamente en lo que se refiere a la parte penal de la condenación.

Aún en la supervisión de sentencia en el caso Gomes Lund Vs. Brasil, en relación a las actividades de búsqueda por los restos mortales de los desaparecidos en la ‘guerrilla do Araguaia’, la Corte IDH ha expresado que ‘Resulta particularmente preocupante que el Ministerio Público haya afirmado que “es preferible la suspensión de las expediciones que el mantenimiento de los trabajos con la sistemática actual”, la cual carece de estructura’²⁵⁰. El tema, vinculado a la falta de una estructura de investigación para determinar los locales de búsquedas, sigue sin una solución apropiada por parte del Estado brasileño.

De manera que el Estado, en varios aspectos, sigue incumpliendo la sentencia de la Corte IDH²⁵¹.

248 En sentido crítico al uso del término ‘graves violaciones de derechos humanos,’ en lugar de crímenes de lesa humanidad en el referido contexto, véase MARX (opus cit., pp. 124-129). Eso en razón de que, en casos de ‘graves violaciones de derechos humanos’ que no se encuadren en el concepto de crímenes de lesa humanidad, resultaría justificado por parte de Brasil el incumplimiento de la decisión de la Corte IDH en razón de la preservación del principio constitucional de la irretroactividad de la ley penal.

249 Excluyendo cualquiera interpretación que pudiera:

b.1 – dar lugar a la extinción de punibilidad de crímenes de lesa humanidad o a ellos conexos, cometidos por agentes públicos, civiles o militares, en el ejercicio de la función a afuera de ella; y

b.2 – acarretar la extensión de los efectos de la ley a crímenes permanentes no agotados hasta 29 de agosto de 1979 o a cualquier crimen cometido después de esa fecha. (Traducción libre).

250 El fiscal referido, designado por el *Procurador-Geral da República* para acompañar las actividades de búsquedas en el Araguaia, es el autor de este trabajo final.

251 Una excepción fue la creación de la Comisión Nacional de la Verdad, por la Ley nº 12.528/2011, en cumplimiento al deber de esclarecer la verdad dispuesto en la sentencia del caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil.

Para agravar la situación, el 15 de marzo de 2018, Brasil fue nuevamente condenado por la Corte IDH en el caso Herzog y otros Vs Brasil²⁵², a

[...] reiniciar, con la debida diligencia, la investigación y proceso penal que corresponda por los hechos ocurridos el 25 de octubre de 1975 para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables por la tortura y muerte de Vladimir Herzog, en atención al carácter de delito de crimen de lesa humanidad de tales hechos y las correspondientes consecuencias jurídicas de las mismas para el derecho internacional [...]

La tortura y muerte de Wladimir Herzog fuera tratada como un caso de suicidio por las autoridades de la época, durante la dictadura militar.

Con respecto a este caso, el 1992²⁵³ el Ministerio Público de São Paulo (fiscalía estadual –provincial– y no federal) solicitó la apertura de una investigación (*inquérito policial*) respecto del homicidio del periodista Vladimir Herzog, ocurrido en 1975 en las dependencias del DOI/CODI de São Paulo (Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército Brasileiro). En decisión en *habeas corpus*²⁵⁴, la 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, con base en la ley de amnistía (ley 6683/1979), determinó el archivo del caso. El recurso especial interpuesto de esta decisión al Supremo Tribunal de Justicia (STJ) no fue conocido por cuestiones procesales²⁵⁵.

Posteriormente, el 12 de septiembre de 2008, después de recibir una representación sobre el caso, el Procurador da República da PR/SP solicitó el archivo del caso so el argumento de que el crimen estaría prescripto y de que en el caso no se podría desconsiderar la cosa juzgada (no obstante ocurrida en juicio incompetente –en proceso empezado en 1992 que ocurrió en la justicia provincial, conforme a lo referido arriba–). Ambos argumentos, cosa juzgada y prescripción²⁵⁶, fueron aceptados por la jueza de la 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo (Proc. 2008.61.81.013434-2), que determinó el archivo del caso el 9 de enero de 2009.

El 28 de abril de 2016, después de analizar el Relatorio de Mérito nº 71/2015 de la

252CORTE IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C Nº. 353, punto resolutive 7.

253 Ese caso es citado por WEICHERT (WEICHERT, Marlon, (2009) “Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional”. En: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISH, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 162-163).

254Habeas Corpus nº 131.798/3-4 – SP, j. 13.10.92.

255Entretanto, incidentalmente, el STJ ha declarado que en el caso claramente se demostraba la extinción de la punibilidad por fuerza de la amnistía (conforme al voto del Relator Min. José Dantas).

256 Ésta basada en argumentos muy similares a los lanzados en el caso referido arriba de la víctima Luís José da Cunha.

CIDH, relativo al caso Vladimir Herzog y otros x Brasil (Caso 12.879)²⁵⁷, el coordinador del *Grupo de Trabalho Justiça de Transição del Ministério Público Federal*²⁵⁸, ofició a la *Segunda Câmara de Coordenação e Revisão* (2º CCR) del *Ministério Público Federal* fundamentando la necesidad de reabrir la investigación, desconsiderando los anteriores archivos del caso²⁵⁹.

El parecer fue recibido por la 2ª CCR y encaminado al MPF en São Paulo para analizarlo. Hasta el momento no tenemos informaciones sobre la eventual acogida al parecer.

Además, como se observa, son pocas las veces en que el control de convencionalidad es aplicado en Brasil. Al revés, tanto la cosa interpretada como la cosa juzgada internacional suelen ser desconsideradas por el judiciary interno.

En el legislativo la situación tampoco difiere.

La reciente ley 13.491/17, que amplía indebidamente la jurisdicción militar, para algunos casos de crímenes dolosos contra la vida practicados por militares de las Fuerzas Armadas contra civiles e incluso para crímenes como el abuso de autoridad, la tortura y el tráfico de estupefacientes, claramente desconsidera la cosa interpretada de la Corte IDH en el referido caso Radilla Pacheco Vs. México. Como se observa, la actitud del legislativo brasileño sigue en la contramano de la jurisprudencia de la Corte IDH y de lo que hizo el legislativo de México (conforme referido en el capítulo II, ítem 1.C.a).

Con relación a esa indebida transferencia para la justicia militar del juicio de algunos casos de crímenes practicados por militares en contra de civiles (art. 9º, § 2º del Código Penal Militar, alterado por la Ley 13.491/17), el PSOL ingresó con la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* - ADI 5901, la cual tuvo parecer favorable de la *Procuradoria-Geral da República* en 1º de junio de 2018.

A. Margen de apreciación nacional y *distinguishing* en Brasil.

Como ya se ha mencionado previamente, pocas fueron las veces en que el

257Que resultó en el caso de la Corte IDH arriba referido.

258 Este signatario.

259 Para tanto, los argumentos utilizados para la desconsideración de las antiguas decisiones de archivo se basan en la no aplicabilidad de la cosa juzgada o *ne bis in idem* al caso, de acuerdo con el ítem 85 de la sentencia de la Corte IDH en el caso 'Gomes Lund y outros Vs. Brasil'. También es referido el entendimiento de la Corte IDH (CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de noviembre de 2010, párrafos 45), de que las restricciones a la cosa juzgada se aplican más sencillamente a los casos de sobreseimiento, donde no hubo una sentencia definitiva sobre la culpabilidad de la persona. Y Es eso justamente lo que ocurre cuando la sentencia absolutoria se basa en la amnistía o en la prescripción.. A final, son también utilizados otros argumentos, como la no aplicabilidad de la cosa juzgada a los hechos posteriores a la decisión en los casos de crímenes permanentes.

control de convencionalidad fue utilizado por los tribunales supremos de Brasil.

Asimismo, argumentos basados en el margen de apreciación nacional y en el *distinguishing* fueron utilizados para alejar la aplicación de los precedentes de la Corte IDH (cosa interpretada) y de la CIDH en lo que se refiere a la inconvencionalidad de la tipificación del crimen de desacato (art. 331 del Código Penal brasileño²⁶⁰).

Con respecto al tema, la CIDH se ha pronunciado por diversas veces.

Primero en el “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”²⁶¹, que defendió la incompatibilidad del delito de desacato con la libertad de expresión prevista en el artículo 13(2) y (3)²⁶² de la CADH. En este Informe Anual, su Capítulo V trata del “Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos”. Después, la CIDH también trató el tema por medio de los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en los años 1999, 2001 y 2008²⁶³.

260 Art. 331. Desacatar funcionario público en el ejercicio de la función o en razón de ella. Pena: detención, de 6 (seis) meses a 2 (dos) años, o multa. (Traducción libre).

261 Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/94span/indice.htm>.

262 Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

263 En un caso concreto el gobierno argentino (donde el periodista Horacio Verbitsky fuera condenado por llamar de ‘asqueroso’ a un Ministro de la Suprema Corte de Justicia Nacional), en proceso de solución amistosa junto a la CIDH (CIDH. “*Horacio Verbitski*”, Caso n° 11.012, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos), se obligó a derogar el artículo 244 de su Código Penal que preveía el crimen de desacato (lo que de hecho ocurrió por medio de la ley 24198, publicada en 03 de junio de 1993).

También se destaca el siguiente juzgado de la *Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* argentina (Caso *Recurso de Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* – Sala I, n° 44.154 del 03 de abril de 1995. Disponible en <http://ar.vlex.com/vid/recurso-criminal-correccional-i-n-44-03-35232723>, acceso en 05 de marzo de 2018):

I. DESACATO. Derogación. DELITO CONTRA EL HONOR: Subsistencia de los tipos penales. El hecho de haberse derogado la figura del desacato, no obsta la adecuación típica del suceso como delito contra el honor individual, toda vez que la acción del querrellado habría “prima facie”, afectado la honra y el crédito del querellante. *En tal sentido cabe destacar que al ser derogada la figura del desacato, el legislador ha señalado como uno de los motivos que llevaron a esa decisión, la suficiente protección que otorgan los delitos contra el honor, por lo que no puede coartarse el derecho del accionante de querer obtener un pronunciamiento relativo al fondo de la cuestión.* [...] (grifos nuestros).

La Corte IDH se ha posicionado por diversas veces sobre el tema. En el caso Palamara Iribarne Vs. Chile²⁶⁴, ha considerado que la República de Chile ha violado el dispuesto en el art. 13 de la CADH ante la imputación del crimen de desacato al escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne. Otro caso digno de registro es el ya referido caso Kimel Vs. Argentina.

Entretanto, el crimen de desacato sigue aplicable en Brasil. Incluso, la 2ª *Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal* brasileño se manifiesta contrariamente a los pedidos de archivo basados en la inconvencionalidad del referido tipo penal²⁶⁵.

De modo contrario, en 31 de mayo de 2016, la ‘Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão’ (Defensora del Pueblo brasileña), Sra. Deborah Duprat, representó al *Procurador-Geral da República* para que ese propusiera una ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF’ junto al Supremo Tribunal Federal²⁶⁶ en relación al artículo 331 do Código Penal brasileño (crimen de desacato). Entretanto, la sugestión no fue acatada por el *Procurador-Geral* hasta el momento.

Un buen aliento surgió con la decisión de la Quinta Turma del *Supremo Tribunal de Justiça* – STJ²⁶⁷, donde, basado en el control de convencionalidad, se consideró que el artículo 331 del Código Penal resulta incompatible con la CADH:

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROBO, DESACATO Y RESISTENCIA. APELACIÓN CRIMINAL. [...] DESACATO. INCOMPATIBILIDAD DEL TIPO PENAL CON LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. (traducción libre).

Al fundamentar su decisión, el Ministro Ribeiro Dantas refirió que las recomendaciones de la CIDH asumen fuerza normativa interna.

Entretanto, en el Habeas Corpus nº 379.269 - MS²⁶⁸, el STJ volvió a tratar del tema, firmando posición en el sentido contrario a lo arriba referido:

264 CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, N.º 135.

265 Algunos de ellos hechos por el suscriptor, en la calidad de *Procurador da República*.

266 Disponible en <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>, acceso en 10 de abril de 2018.

267 STJ, *REsp* 1.640.084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/02/2017.

268 STJ, *Habeas Corpus* nº 379.269 – MS, Rel. Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/05/2017, DJe 30/05/2017.

HABEAS CORPUS. RECIBIMIENTO DE LA DENUNCIA. VIOLACIÓN DEL ART. 306 DEL CÓDIGO DE TRÁNSITO Y DE LOS ARTS. 330 Y 331 DEL CÓDIGO PENAL. [...]. MANUTENCIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL CRIMEN DE DESACATO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. DERECHOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (PSJCR). DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN QUE NO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. INEXISTENCIA DE DECISIÓN PROFERIDA POR LA CORTE (IDH). **ACTOS EXPEDIDOS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). AUSENCIA DE FUERZA VINCULANTE.** TESTE TRIPARTITO. VECTORES DE HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS TUTELADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. POSIBILIDAD DE RESTRICCIÓN. LLENAS LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL ART. 13.2. DEL PSJCR. SOBERANÍA DEL ESTADO. **TEORÍA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION)**. INCOLUMIDAD DEL CRIMEN DE DESACATO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PATRIO, EN LOS TÉRMINOS EN QUE TALLADA EN EL ART. 331 DEL CÓDIGO PENAL. [...]. (traducción libre).

El ministro Antonio Saldanha Palheiro resaltó en su voto vencedor, analizando el artículo 33 de la CADH, que la CIDH no posee función jurisdiccional, no resultando vinculante sus recomendaciones.

Resaltó también no existir juicio de la Corte IDH con respecto a la ley de desacato brasileña, y que el precedente de la Corte IDH sobre leyes de desacato en el caso Palamare Iribarne Vs. Chile ocurrió en situación ‘significativamente distinta’ del caso brasileño²⁶⁹.

Por fin, destacó que, aunque hubiera decisión de la Corte IDH sobre el caso, eso no impediría deliberación diferente por parte de Brasil, en razón de su soberanía. Enseguida, busca reforzar ese último argumento con citación de doctrina con respecto a la teoría del margen de apreciación nacional.

El argumento del *distinguishing*, aunque sin referirlo directamente, también fue utilizado por el Ministro Schietti Cruz:

Ausencia de similitud fáctica entre los juzgados de la CIDH²⁷⁰ y el caso de los autos. Entre los diversos casos en que se discutió, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cuestión ora en debate (Kimel Vs. Argentina, Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Palamara Iribarne Vs. Chile, Ricardo Canese Vs. Paraguai, etc.), observo que no hay absolutamente ningún que describa una situación parecida con aquellas que de manera rutinera encontramos en nuestros procesos criminales por desacato. Digo eso porque, leyendo las decisiones proferidas por la Corte Interamericana en esos casos, percibo que se cuidó, en todos ellos, de delitos de opinión, imputados a las conductas de personas que, según los respectivos gobiernos, demandaron la reacción estatal al malo uso de la libertad de expresión, casi siempre cometidos por periodistas o escritores. (Traducción libre).

Así, para el Ministro, en ninguno de los casos analizados por la Corte IDH se

²⁶⁹O sea, utiliza el *distinguishing* para eludir los efectos de la cosa interpretada.

²⁷⁰Léase Corte IDH.

trataba de ofensas proferidas en la presencia del servidor público, de modo que no hay identidad entre las situaciones de hecho.

Como se observa, tanto el margen de apreciación nacional cuanto el *distinguishing* fueron utilizados para eludir los efectos de la cosa interpretada de la Corte IDH. Al mismo tiempo, la cosa interpretada de la CIDH resultó alejada en razón de que sus recomendaciones no tendrían fuerza vinculante.

Recientemente, también el STF²⁷¹ ha considerado plenamente aplicable en el ordenamiento brasileño el crimen de desacato previsto en el artículo 229 del Código Penal Militar²⁷², en todo similar al artículo 331 del Código Penal. Al hacerlo, la mayoría de los Ministros ha desconsiderado los argumentos basados en la no recepción del tipo penal por la CF brasileña y en su inconvencionalidad derivada de la incompatibilidad con la CADH.

A su vez, el brillante voto vencido del Ministro Edson Fachin ha destacado que ‘las numerosas manifestaciones de los órganos del Sistema Americano no son meras recomendaciones a los Estados-parte, pero, en la línea del dispuesto en el art. 31, § 3º, de la Convención de Viena, verdadera medida de interpretación evolutiva’.

A respecto del tema, cabrá al STF todavía juzgar la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) 496²⁷³ propuesta por la OAB el 30 de octubre de 2017, cuestionando la recepción por la Constitución Federal brasileña del artículo 331 del Código Penal, que tipifica el delito de desacato a funcionario público en el ejercicio de la función. En la fundamentación del pedido, la OAB cita también los precedentes de la Corte IDH, en el sentido de que la tipificación del crimen de desacato viola el principio democrático, al imposibilitar el control de los actos del poder público por parte de la población.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La Corte IDH ha desarrollado el concepto de control de convencionalidad con el objetivo de lograr que los organismos internos, de los países integrantes del sistema interamericano, adopten los criterios de protección a los derechos humanos que

271STF. *HC n° 141.949*, Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de março de 2018.

272 *Decreto-lei n° 1001 (Código Penal Militar*, de 21 de outubro de 1969).

Art. 299. Desacatar militar en el ejercicio de función de naturaleza militar o en razón de ella. (traducción libre).

273STF. *ADPF 496*. Relator Min. Roberto Barroso.

emanan tanto de las normas internacionales de protección como de la interpretación que de esas hace la Corte IDH.

El control es consecuencia de la interpretación de la Corte IDH sobre el contenido del artículo 1.1 de la CADH, que trata sobre los deberes de respetar y garantizar los derechos de la referida convención, y de su artículo 2, que prevé el deber de adoptar las medidas internas necesarias para hacer efectivas las obligaciones convencionales (principio del efecto útil). Su fundamento también se encuentra en los artículos 26, primera frase del 27 y 31.1 de la CVDT, por su carácter tanto convencional como consuetudinario.

Segunda.- En la evolución del concepto, entretanto, la Corte IDH le ha sumado nuevos alcances y funciones, con nuevos caracteres vinculantes, trayendo dudas sobre la legitimidad de todas esas novedades, que van más allá de lo previsto en la CADH.

Considerando que la Corte IDH desde siempre ha controlado, de manera concentrada, la convencionalidad de normas infraconstitucionales e incluso constitucionales, la novedad del concepto se refiere a su ejercicio de manera difusa.

Inicialmente tratado como una mera ‘especie de control de convencionalidad’ a ser ejercido por el judiciary de los países, luego pasa a ser considerado por la Corte IDH como un necesario control de oficio en el marco de las respectivas competencias de cualquier autoridad pública interna.

El control resultó ampliado con relación a las normas de control – pasando a abarcar no solamente la CADH sino también cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos bien como la interpretación dada a esos tratados por la Corte IDH.

El polo activo del ejercicio concentrado del control de convencionalidad, previsto inicialmente para los fallos de la Corte IDH, se ha ampliado para sus opiniones consultivas (especie de control preventivo de convencionalidad) e, incluso, para las recomendaciones de la CIDH.

Finalmente, el control ha sido ampliado también en lo que se refiere a su alcance. En principio, la parte dispositiva de la sentencia condenatoria alcanza al Estado demandado de manera inmediata y directa en la calidad de cosa juzgada internacional. Entretanto, la Corte IDH ha defendido una amplitud mayor de la cosa juzgada tanto en su contenido - yendo más allá del dispositivo del fallo y abarcando también los fundamentos de lo decidido (su *ratio decidendi*) - como en lo que se refiere a sus destinatarios – ampliándola incluso para países que no participaron del caso concreto (Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay).

Por otro lado, por medio de la cosa interpretada, un Estado que no ha sido parte del caso decidido por la Corte IDH sufre una vinculación mediata o indirecta en lo que se refiere a lo decidido en el caso concreto. La pretensión de la Corte IDH de que ese efecto tenga carácter vinculante resulta objeto de muchas críticas, llegando a ser denominado ‘un nuevo positivismo de superprecedentes’²⁷⁴. De hecho, y de manera contraria a lo expresamente previsto en el artículo 68 de la CADH, la Corte IDH ha ampliado unilateralmente su atribución.

Tercera.- Frente a una sentencia firme en el ámbito interno, normalmente surgen dudas sobre la manera/posibilidad de hacerse el cumplimiento de la sentencia internacional. La ausencia en Latinoamérica de mecanismos procesales que permiten la reapertura de procedimientos internos para cumplir las decisiones internacionales – algo más común en Europa - no es razón suficiente para que las sentencias locales no sean descalificadas siempre que en confronto con una decisión posterior diferente proferida por la Corte IDH, incluso en respeto al principio del efecto útil del tratado.

Aunque existan dudas sobre la posibilidad del tribunal internacional invalidar directamente una decisión firme interna o la necesidad de que el propio Estado lo haga, el hecho es que la decisión internacional resulta obligatoria y el Estado debe adoptar los medios necesarios so pena de incurrir en un nuevo acto ilícito internacional.

Cuarta.- Aparte de los métodos tradicionales de interpretación de los tratados, se suele hablar de una necesaria interpretación evolutiva para adaptarlos a los cambios proporcionados por el paso del tiempo. Aunque no prevista en los principios de interpretación establecidos en el CVDT, la interpretación evolutiva complementa y da sentido a la interpretación teleológica de los tratados (art. 31.1 del CVDT).

Entretanto, por su medio no se puede modificar el tenor del tratado internacional. En caso de que se haga, por medio de la introducción de una nueva norma en el sistema, no pactada por los estados, el tribunal internacional incurre en un indebido ‘activismo judicial’²⁷⁵.

Para corregir las incongruencias arriba referidas de una manera democráticamente válida, se presenta útil el uso de la técnica de la interpretación evolutiva basada en el consenso, tanto en su dimensión material como formal.

Entretanto, la Corte IDH no ha manejado muy bien esos conceptos. Así lo demostró en el caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’, donde, al redefinir el derecho a la vida basado

²⁷⁴SODERO. Eduardo. R., opus cit. p. 492.

²⁷⁵ En las palabras de MALARINO (opus cit, p. 37).

en una interpretación evolutiva del término ‘concepción’ no respaldada por el consenso, la Corte se ha aproximado del criticable activismo judicial.

Quinta.- En razón de los variados problemas en la aplicación del control de convencionalidad ampliado por parte de la Corte IDH, resulta importante la existencia de medios válidos por los cuales los Estados puedan alejarse del cumplimiento de la cosa interpretada e, incluso, de la cosa juzgada internacional, cuando sea necesario.

Eso es justamente el ámbito de actuación del margen de apreciación nacional y de la técnica del *distinguishing*.

Sexta.- La noción del margen de apreciación nacional es una herramienta de construcción judicial que admite que algunos derechos sean modulados internamente de acuerdo a la realidad nacional. Se basa en el entendimiento de que, además de un núcleo duro existente en todo derecho de fuente internacional, habría un núcleo más maleable, a aceptar alguna deferencia para las especificidades de cada país.

Hay críticas a su utilización en Latinoamérica, donde la mayoría de los casos se refieren a violaciones a derechos inderogables – núcleo irreductible so lo cual no cabría ningún margen de apreciación – diferente de Europa donde la mayoría de los casos se refieren a la violación del debido proceso legal.

Entretanto, el margen de aplicación nacional sigue siendo un criterio válido y que resulta incluso coherente con el principio de subsidiariedad de la actuación de la Corte IDH, siempre que sean respetados algunos presupuestos. Por tanto, hay que decidirse sobre qué materias puede haber margen y con qué amplitud.

El margen de apreciación tiene una dependencia directa con la naturaleza de la norma jurídica aplicada, resultando mayor frente a normas de carácter privado y menor frente a normas de carácter público. Hay también una relación con las obligaciones positivas y negativas. El margen es mayor en las obligaciones positivas (con relación al medio elegido para adoptarlas) y menor en las negativas. Y debe ser siempre respetada la proporcionalidad de la interferencia estatal en los derechos humanos protegidos. Por fin, el margen de apreciación también resulta afectado por la existencia o no del consenso entre los Estados sobre el tema discutido, resultando mayor frente a la ausencia de consenso sobre el tema y menor cuando haga el consenso.

Así, debidamente acepta la existencia de un margen de apreciación nacional, frente a cada caso concreto cabría a la Corte IDH verificar si, con base en el principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas por el Estado se adecuaron o no a lo previsto en la CADH.

Entretanto, diferente del TEDH, la Corte IDH no parece venir utilizando adecuadamente el consenso estatal o su falta como una manera de legitimar su análisis sobre el uso del margen de apreciación nacional.

Séptima.- Junto al margen de apreciación nacional, también la técnica del *distinguishing* suele ser utilizada para contornar el carácter vinculante de los precedentes de la Corte IDH. Por su medio, en la interpretación y aplicación del precedente por la justicia local, se hace la necesaria correlación del caso concreto con los precedentes de la Corte IDH.

De ese modo, habiendo particularidades determinantes en el caso, por medio del *distinguishing* el juez nacional puede alejar la aplicación de la *ratio decidendi* constante en las cosas interpretada y juzgada internacional. Esa técnica ha sido utilizada con cierta frecuencia por los jueces nacionales de Latinoamérica.

A su vez, resultó presentada la técnica del *overruling* como forma del propio tribunal internacional adaptar sus decisiones frente a un eventual desgaste en su congruencia. Eso puede contribuir para una mejor armonización del sistema y es congruente con la interpretación evolutiva de los tratados adoptada por la Corte IDH.

Octava.- El control de convencionalidad en Argentina tuvo una evolución muy rica. Pero no sin avances y retrocesos. En ese sentido, la CSJN acató en el ámbito interno las decisiones de la Corte IDH en los referidos casos Bulacio y Bueno Alves. En ambas situaciones el Estado Argentino era parte en el proceso, de manera que operaba directamente el artículo 68.1 de la CADH (cosa juzgada internacional).

Entretanto, en febrero de 2017, la CSJN cambió radicalmente su posición, al no aplicar lo decidido por la Corte IDH en el caso ‘Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina’.

La decisión de la CSJN representó un retroceso – violando el principio de no regresividad en la protección de los derechos humanos - en relación al estándar interpretativo de los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, establecido por la misma CSJN en el caso ‘Nardelli’.

Además, Argentina ha utilizado el margen de apreciación nacional para alejarse del cumplimiento tanto de la cosa juzgada internacional – en el caso 'Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina' - , como de la cosa interpretada – en la decisión de la Cámara de Apelaciones de Salta en el caso ‘Lodi Ortiz’, en todo contraria a lo establecido por la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica.

Para huir de eventuales incongruencias, también la técnica del *distinguishing* suele ser aplicada en determinados casos en Argentina. Eso ocurrió en el fallo ‘Acosta’, donde la

CSJN refirió que la redacción actual de la ley 24.390, restringía – en el caso concreto – la aplicación del precedente de la Corte IDH en el referido caso ‘Bayarri vs. Argentina’.

Novena.- En Brasil, a su vez, son pocas las referencias jurisprudenciales a las decisiones de la Corte IDH, sean contenciosas o consultivas, o mismo de la CIDH.

Con relación a la cosa interpretada, el STF ha seguido precedentes de la Corte IDH en casos donde Brasil no ha sido parte sobre el concepto de ‘proyecto de vida’, bien como lo establecido por la Corte IDH en las Opiniones Consultivas n.º 5 y 16 sobre la no necesidad de colegiación obligatoria de periodistas para el ejercicio de tal profesión y sobre el derecho del extranjero detenido a ser informado sobre la asistencia consular, respectivamente. Mientras tanto, la jurisprudencia del STF en el caso RE 453000, al reconocer la constitucionalidad de la utilización de la reincidencia como agravante de pena, colisionó directamente con la cosa interpretada de la Corte IDH en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.

Además, la situación de impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos por los agentes de Estado durante la última dictadura brasileña mezcla la total desconsideración de las cosas interpretada (Barrios Altos vs. Perú, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, etc) y juzgada de la Corte IDH (caso Gomes Lund y otros vs. Brasil y el reciente caso Herzog y otros Vs Brasil).

Finalmente, en Brasil, argumentos basados en el margen de apreciación nacional y en el *distinguishing* fueron utilizados por el Supremo Tribunal de Justicia para alejar la aplicación de los precedentes de la Corte IDH (cosa interpretada) en lo que se refiere a la inconvencionalidad de la tipificación del crimen de desacato (art. 331 del Código Penal brasileño). Al mismo tiempo, la cosa interpretada de la CIDH resultó alejada en razón de que sus recomendaciones no tendrían fuerza vinculante.

Décima.- Como se observa, una desmesurada expansión del ámbito del control de convencionalidad, algunas veces incluso contraria a lo expresamente establecido en la CADH, puede comprometer la sustentabilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Para evitar esto, resulta importante que la propia Corte IDH se apoye en la presencia del consenso estatal, principalmente cuando busque una interpretación evolutiva de los tratados internacionales. Incluso, cuando sea necesario, debe la Corte IDH admitir el *overruling* de sus precedentes. Además, es importante que se acepte la presencia de mecanismos que posibiliten excepcionar el control de convencionalidad, sea en razón de

la presencia de particularidades en el sistema de justicia local – margen de apreciación nacional – o del propio caso concreto – *distinguishing*.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Susana Albanese, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 13-45.

ALCALÁ, Humberto Nogueira, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *ReDCE* Año 10. Núm 19. Enero-junio Disponible /2013, pp. 221-270. Disponible en http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm, acceso en 02-02-2018.

ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. Malheiros Editores, 2005.

BARRERA, Eloy Espinosa-Saldaña, “Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 87-92.

BETANCOURTH, Danilo Rojas, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 113-140.

BIANCHI, Alberto B, “Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad””, *Sup. Const.* 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15 – *LA LEY* 2010-E, 426. Disponible en http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Bianchi_Control_de_Convencionalidad_LL_2010.pdf. Acceso en 25 de enero de 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights”, en *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, La Haya, 1987, t. 202.

_____, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, en *Publicado RAP, El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*; 2013. Disponible en http://gutierrezcolantuono.com.ar/downloads/Publicaciones/El%20valor%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20Corte_2013.pdf, acceso en 24 de enero de 2018.

COLOMBO, Ignacio, *Control de Convencionalidad e interpretación constitucional. Un replanteo necesario*. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170508_02.pdf. acceso en 31 de mayo de 2018.

DIDIER Jr, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 11. de. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, “Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, en *El control de convencionalidad* / coordinado por Susana Albanese – 1ª ed. – Buenos Aires; Ediar 2008, p. 63-79.

DULITZKY, Ariel E., “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas*

International Law Journal, vol. 50, Issue 1, 2015, pp. 45 a 93. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33557.pdf>, acceso en 1º de marzo de 2018.

DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

FILIPPINI, Leonardo, “Tres problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo ‘Simón’”. *RDP*, n° 3, marzo 2006, LexisNexis, pp. 436-447.

FILLIPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín, *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del procurador general en el caso ‘Carranza Latrubesse’*, 2010. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acceso en 24 de febrero de 2018.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada*, 4ª edición, La Ley, 2008, t. II.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en *El control de convencionalidad* / coordinado por Susana Albanese – 1ª ed. – Buenos Aires; Ediar 2008, pp. 81-112.

GROSSI, Eduardo Vio, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 93-112.

HESSE. Konrad, *La Fuerza Normativa de la Constitución*. Editorial Astra, 1997.

HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>, acceso en 08 de junio de 2018.

_____, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en *Revista uruguaya de derecho procesal*, N°1, 2014, p. 33-54.

_____, “¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso Fontevecchia Vs. Argentina)”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Ibroamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, organizadores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio, pp. 457-492. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/21.pdf>, acceso en 11 de mayo de 2018.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2011.

_____, “El Derecho Internacional contemporáneo: una aproximación consensualista”, en *Cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano (2010)*, Washington, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2011, pp. 1-64.

QUERALT JIMÉNEZ, “El efecto de la cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Ibroamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, organizadores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio, pp. 695-717. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/30.pdf>, acceso en 11 de mayo de 2018.

PASCUAL VIVES, Francisco José, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 9, 2013.

_____, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 66, Nº 2, 2014, pp. 113-153.

PELLET LASTRA, S. J., *Breve reflexión en torno al fallo “Artavia Murillo Vs. Costa Rica* [en línea]. Documento inédito. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/breve-reflexion-fallo-murillo.pdf>, acceso en 09 de febrero de 2018.

PIOVESAN, Flávia, “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”, en *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, nº 1, pp. 43-57, junho/2008.

PIZZOLO, Calogero, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”. *El control de convencionalidad* / coordinado por Susana Albanese – 1ª ed. – Buenos Aires; Ediar 2008, pp. 189-206.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, Symposium: The Constitutionalization of International Law in *Latin America*, *American Journal of International Law (ASIL)*, núm. 109; American Journal for International Law, Unbound, núm. 93, 2015, pp. 93-99.

_____, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, pp. 337-356.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, en *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, año XXII, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, pp. 357-380.

MALARINO, Ezequiel, “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en K. Ambos, E. Malarin y G. Elsner (Eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, vol. II, pp. 25-61, Montevideo.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez, “Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia”, en *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, año XXII, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, pp. 409-421.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt, Daniel Mitidiero. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARRAMA, Silvia Estela. *Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional*, 2016. Disponible en <https://www.ancmvp.org.ar/user/FILES/Marrama%20I.16.pdf>, acceso en 30 de enero de 2018.

MARX, Ivan Claudio, *Justicia transicional : necesidad y factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del estado durante la última dictadura militar en Brasil*, 1º ed. La Plata : Al Margen, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional da convencionalidade das*

leis, 2.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, “Controlado concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil”, en *Boletim de notícias CONJUR* (24 de abril de 2015). Disponible en <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controlado-convenionalidade-singularidades>. Acceso en 23 de enero de 2018.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, *Genealogia da moral: uma polêmica*; tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. - São Paulo : Companhia das letras, 1998.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, organizadores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio, pp. 591-635. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/26.pdf>, acceso en 11 de mayo de 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil – Volume único*, 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (Coord.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012.

PADILLA, Carmen Montesinos, “El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro”. En *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°. 10, abril – septiembre 2016, pp. 98-113.

RAMOS, André de Carvalho, “Crimes da ditadura militar: A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en *Crimes da ditadura militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli, (organizadores) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 174-225.

_____, *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil – 5. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Eudeba, 2ª edición, 1997.

SAGÜÉS, Néstor P., “El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, 2009-B, p. 761-765.

_____, “Dificultades operativas del 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano”, en *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010, pp. 1-3.

_____, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada” ”, en von Bogdandy, Armin, Flavia Piovesan y Mariela Morales, *Estudos Avancados de Direitos Humanos*. (Rio de Janeiro, Ed. Elseiver – Campus Jurídico, 2013), 617-626.

_____, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en Humberto Nogueira Alcalá (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia - Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014.

_____, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia*

Argentina, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014.

“Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 141-150.

“Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional* n.º 20, 2015, pp. 275-283.

La Constitución bajo tensión, Querétaro, México : Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

“¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en *El Derecho*, volume 272, núm. 14, 4 abr 2017.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais, “A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volume 15, Issue 1, 2015, Pages 195-238.

Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465415000070>, acesso em 26 de enero de 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *O dever do STF de controlar a convencionalidade*. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/29/o-dever-do-stf-de-controlar-a-convencionalidade/>, acesso em 26 de enero de 2018.

SILVA, Celso de Albuquerque, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SODERO, Eduardo. R., “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, Bogotá, 2014, p. 483-500.

TRUCCO, Marcelo, “Análisis y proyecciones a partir del caso “Fontevicchia” ”, en *El Derecho. Diário de Doctrina y Jurisprudencia. El valor de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y su incidencia en el derecho argentino*, 2017. Disponível em <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/05/31052017.pdf>, acesso em 31-01-2018.

VILLANUEVA, Marcos Agustín, “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales” en su ponencia en el *Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados – Democracia y Derechos* – del 31 de mayo y 1º de junio de 2013 – Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.- Disponível em <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf>, acesso em 24 de enero de 2018.

WEICHERT, Marlon, (2009) “Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional”. En: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISH, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 153-168.

ÍNDICE LEGISLATIVO Y REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURÍDICA.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Resolución 217 A III de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1 de diciembre de 1948).

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (Consejo de Europa, Roma, 4 de noviembre de 1950).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución 2200 A XXI de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 1966).

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968).

Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

NACIONES UNIDAS - ONU, Resolución 56/83, aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales ("Protocolo de San Salvador"). Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de Noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General).

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

ARGENTINA

Ley 23.054, de 1º de marzo de 1984, aprueba la convención americana sobre derechos humanos.

Constitución de la Nación Argentina, de 1994.

Ley 24.556, sancionada el 13 de septiembre de 1995 y promulgada el 11 de octubre de 1995. Aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Ley 24.584, sancionada el 1º de noviembre de 1995 y promulgada el 23 de noviembre de 1995. Aprueba la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad".

Ley 25.779 de 2003, sancionada el 21 de agosto de 2003 y promulgada el 2 de septiembre de 2003. Declaró la nulidad de las leyes de 'Punto Final' (Ley 23.492 del 24-12-1986) y de 'Obediencia Debida' (Ley 23.521 del 08-06-1987).

Ley 26854, sancionada el 24 de abril de 2013 y promulgada el 29 de abril de 2013, relativa a medidas cautelares.

BRASIL

Decreto-lei nº 2.848 (Código Penal, DOU 31 de dezembro de 1940).

Decreto-lei nº 1001 (Código Penal Militar, de 21 de outubro de 1969).

Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia além de outras providências.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Decreto nº 678, de 6 de noviembre de 1992. Aprova a Convenção Americana de Direitos Humanos, "Pacto de San Jose de Costa Rica".

URUGUAY

Ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986. "Funcionarios Militares y Policiales. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985".

Ley 18.831, de 27 de octubre de 2011. "Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado

hasta el 1º de marzo de 1985”.

Ley N° 19.307, de 29 de diciembre de 2014. “Servicios de Comunicación Audiovisual”.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH

CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1992-1993). Informe n° 29/92 sobre la ley de amnistía del Uruguay, (Santos Mendoza y otros c. el Uruguay).

CIDH. “*Horacio Verbitski*”, *Caso n° 11.012, Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIDH. *Julia Gomes Lund y otros* (Guerrilha do Araguaia), Caso 11.552 contra República Federativa de Brasil, demanda presentada el 26 de marzo de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CORTE IDH

CORTE IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-14/94* del 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14.

CORTE IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n°5.

CORTE IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 2 de octubre de 1999.

CORTE IDH. *Informes de la Comisión Americana Sobre Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-15/97*, de 14 de noviembre de 1997, Serie A, núm. 15.

CORTE IDH. *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *Opinión Consultiva OC-16/99* del 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16

CORTE IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, *Opinión Consultiva OC-21/14* de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.

CORTE IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, *Opinión Consultiva OC-22/16* de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. *Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, -2 BvR 1481/04-*, sentencia del 14 de octubre de 2004.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN. *fallo Martín & Cía Ltda.*, 1963, fallos 257:99.

____ CSJN, “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*”, sentencia del 7 de julio de 1992.

____ CSJN, “*Giroldi, Horacio D. y otro*”, sentencia de L 7 de abril de 1995.

____ CSJN, “*Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición*” sentencia del 05 de noviembre de 1996.

____ CSJN, “*Acosta*”, Fallos 321:3564, sentencia del 28 de diciembre de 1998.

____ CSJN, “*Menem Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros*”, sentencia del 25 de septiembre de 2001.

____ CSJN, “*Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*”, sentencia del 21 de agosto de 2003.

____ CSJN, “*Caso Espósito*”, sentencia de 23 de diciembre de 2004, en fallos 327:5668.

____ CSJN, “*Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*”, S. 1767 XXXVIII, sentencia de 14 de junio de 2005.

____ CSJN, “*Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*”, sentencia del 11 de julio de 2007.

____ CSJN, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ casación e inconstitucionalidad*”, sentencia de fecha 13 de julio de 2007, consid. 21.

____ CSJN, “*Caso Derecho, René J.*”, recurso de hecho, sentencia del 29 de noviembre de 2011.

____ CSJN, “*Acosta*”, Fallos 335:533, sentencia del 08 de mayo de 2012.

____ CSJN “*Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut' y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV*”, sentencia del 6 de agosto de 2013.

____ CSJN, Expediente N° 4499/13 (Caso N° 11618 “*Mohamed Vs. Argentina*” CIDH – Obligatoriedad de su cumplimiento - Intervención de la Corte Suprema (marzo 2014) - Reconstrucción del expediente - Designación de nueva Sala Poder Judicial de la Nación).

____ CSJN, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, del 14 de febrero de 2017.

____ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “*Caso Recurso de Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional – Sala I, n° 44.154*” del 03 de abril de 1995.

____ CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA, “*Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/Swiss Medical s/ Amparo*”, expte. N° 007/13, sentencia del 6 de julio de 2013

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, REsp 1.640.084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/02/2017.

____ STJ, Habeas Corpus n° 379.269 – MS, Rel. Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/05/2017, DJe 30/05/2017.

____ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, Extradicação n. 954 (Itália). Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 maio 2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 maio 2005.

____ STF, RE n° 466.343, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

____ STF. RE n° 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun. 2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 de novembro de 2009.

____ STF, ADPF 153. Relator Min. Eros Grau, julgamento em 29 de abril de 2010, DJE n° 83, divulgado em 10/05/2010.

____ STF. ADPF 132, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 maio 2011, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 out. 2011.

____ STF, RE 453000 RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurelio, julgamento em 4 de abril de 2013, Acórdão eletrônico DJe-194, Divulg. 02-10-2013, Publ 03-10-2013.

____ STF. Reclamação n.º 18686, Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 29 de setembro de 2014.

____ STF. *Reclamação* n° 19.760, Relatora: Min. Rosa Weber, 23 de abril de 2015.

____ STF. *ADPF* 496. Relator Min. Roberto Barroso.

____ STF. *HC* n° 141.949, Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de março de 2018.

____ VARAS FEDERAIS. 10º Vara Federal de São Paulo, *Processo* n° 0004204-32.2012.4.03.6181.

____ 9ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP, *Ação Penal* n.º 0011580-69.2012.403.6181.

____ 2ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro, *Ação Penal* n.º 0801434-65.2013.4.02.5101.

____ 4º Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro, *Ação Penal* 0023005-91.2014.4.025101.

____ JUSTIÇA ESTADUAL. 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, *Habeas Corpus* n° 131.798/3-4 – SP, 13.10.92.

CHILE. CORTE SUPREMA DE CHILE. S.C.S., Sala Penal, 13.12.2006, Rol n°. 559-04, “*caso Molco*” (homicidios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres).

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, *in re Navarro Del Valle, Hermes c/Decreto ejecutivo 24029-S*, sentencia del 15 de marzo de 2000.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA - CCC. *Sentencia C-442/11*, de 25 de mayo de 2011.

____ CCC. *Sentencia de Tutela SU-712*, de 17 de octubre de 2013.

____ CCC, *Sentencia C-500 de 2014*, de 16 de julio de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CORTE IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, N° 22.

____ *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, N° 30.

____ *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, N.º 33.

____ *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n.º 35.

____ *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, N.º 69.

____ *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

____ *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N°. 73.

____ *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, N° 75.

____ *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

____ *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Série C N.º 101.

____ *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Série C N.º 114.

____ *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, N.º 126.

____ *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, N.º 132.

____ *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia

de 22 de noviembre de 2005. Serie C, N.º 135.

_____ *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C, N.º 149.

_____ *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, N.º 153.

_____ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N.º 42.

_____ *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, N.º 162.

_____ *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C, N.º 164.

_____ *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 169.

_____ *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, N.º 177.

_____ *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 9 de mayo de 2008.

_____ *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N.º. 184.

_____ *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, N.º 187.

_____ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C N.º. 205.

_____ *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C N.º 206.

_____ *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, N.º 209.

_____ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásex Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, n.º 214.

_____ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1.º de septiembre de 2010. Serie C, n.º 217.

_____ *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de noviembre de 2010.

_____ *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C, N.º 219.

_____ *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N.º. 220.

_____ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221.

_____ *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5 de julio de 2011.

_____ *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N.º 233.

_____ *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C, N.º 328.

_____ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y

Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239.

_____*Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.* Fondo y Reparaciones Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245.

_____*Caso Mohamed Vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Serie C, N° 255.

_____*Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, N° 257.

_____*Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

_____*Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.* Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de enero de 2014, Serie C, N° 276.

_____*Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 17 de octubre de 2014.

_____*Caso Argüelles y otros v. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, N° 288.

_____*Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del 17 de abril de 2015.

_____*Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica.* Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del 26 de febrero de 2016.

_____*Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Custas. Sentencia de 16 de febrero de 2017, Serie C N° 333.

_____*Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina.* Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18 de octubre de 2017.

_____*Caso Herzog y otros Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C N° 353.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH, *Johnston and others v. Ireland*, 18 December 1986, Serie A, núm. 112.

_____*Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, 2002.

_____*Resolución final del caso Görgülü c. Alemania* (Application no. 74969/01), sentencia del 26 de febrero de 2004.

_____*Evans contra Reino Unido*, Demanda N° 6339/2005, Sección 4, 2006.

_____*Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, 2009.

_____*Case of Schalk and Kopf v. Austria*, Judgment, 24 June 2010

_____*A, B and C v. Ireland* [GC], núm. 25579/05, 2010.

_____*Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, 2011.

URUGUAY. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. SCJ, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*. Sentencia N° 365. Acórdão de 19/10/2009

_____*SCJ, Sentencia Definitiva n.º 20/2013, de 22 de febrero de 2013, Autos caratulados: “M.L., J.F.F., O. –Denuncia- Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la ley 18.831, IUE 2-109971/2011”.*

_____*SCJ, Sentencia Definitiva n.º 680/2017 de 25 de septiembre de 2017, Autos caratulados “AA - Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad Ley n.º 18.831 y casación penal”, IUE: 395-141/2012.*